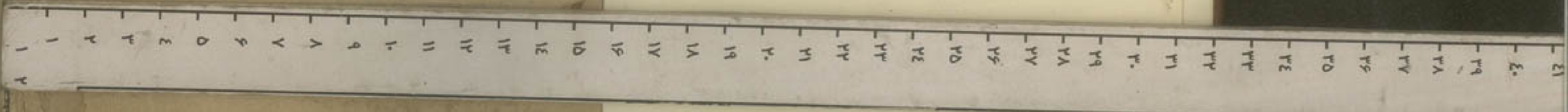





کتابخانه مجلس شورای اسلامی
اهدائی
در سال ۱۳۷۱



كتاب ضمان الاموال من كتاب غاية الآمال

اعلم ان لفظ الغصب وارد في الكتاب والسنة النبوية بحيث يشعر بها على العموم وليس للشارع والعرف اصطلاح غير معنى اللغوي للاصل فالمرجع عند الحاجة الى معناه الى العرف فبعد الرجوع اليه وجدنا المقامات مختلفة ففي بعض قطعنا بكونه غصبا كالاخذ مال الغير من غير حق وفي بعض قطعنا بعدم كونه غصبا كالتقاص وفي بعض ترددنا كالمسروق والماخوذ باعتقاد انه ماله وما ثبت عليه من دون استقلال بل استيلائه وما كان من الحقوق دون المنافع والاعيان وما اخبر حاله عدوانا وما كان حاملا منعه من مالكه وما يكون حاملا عدوانا غير مكلف وهكذا رجعنا الى العرفيين واللغويين لم تغن من جوع ثم رجعنا الى العرف وبذلنا جهدنا فيه تحقق لنا بان مفهوم الغصب يشمل جميع المسطور والتشكيك بدوي فعرفنا ان الغصب الذي بمعنى المغصوب بها يشمل المزبور لمن لم يكن له مجال البلوغ الى المامول وهو ان الغصب عبارة عن متصرف ما هو لغير المتصرف فيه حال شرعا وعادة ولا ينافيه الماخوذ بالتقاص والقمار كالا يدخل في مفهوم الغصب عرفا ثم دققنا النظر وجدنا ان السارق وحمال الغصب والمعتقد انه ماله باخذه ماله او جاير في شرعيته اخذ ثم نصدق عليهم الغصب بمعنى الغاصب عرفا ولم نكن مترددا حتى نتشبث بالاطراد فاحتاج الى تعريف اخص من الاول كل غاصب متصرف مغصوب دون العكس لما تبصر وهو ان الغاصب من تصرف جهرا اختيارا عالما فيما هو لغيره شرعا وعادة اذا رسخت في الذهن ما ذكر ان الغرض المعتد به في ذكره عند الفقهاء الضمان ويتمسكون في مقامه بالرواية على اليد ما اخذت حتى تادي وكان هي قاعدة بينهم مقبولة لا يتجاوزونه فلا بد لنا الاجتهاد فيها لا ريب في ضعف سندها لانها نبوية مرسلة منقولة عن سمرة بن جندب الذي حيث عن النبي لكن لما انجبر سندها بعمل الاصحاب تلقيها بالقبول واحتاج مضمونها الى الاجتهاد فيليق ولا بد من التوجه الى تركيبها وسبكها على وجه يسهل فقاهته ثم ابراز ما يستفاد منه فنقول ان هنا على للالتزام مجروره محذوف ثم مضاف اليه مقامه فالتقدير على صاحب اليد لعدم التكليف على الجارح بل صاحبها او هو خبر مقدم ووجه التقديم افادة الحصر الملزوم عليه وعموم الاخذ الجارح بجرم الجاد وما نكرة موصوفة صادرة على سبيل القاعدة لا معرفة لعدم معهودية صلتها مبتدا او ما هو اخذت جملة فاعل صفة لما حتى للغاية زمانية او مكانية بمعنى الى تقدير بعده ان تسهل للنص مجرور فاعله اي تادي بالكسر او الفتح على ما ذكر عرفا وهو

وهو فعل فاعل فالتقدير الى الاداء والجار والمجرور متعلق بمحذوف تقديره على وهو محتاج الى ذكره وهو الملزوم لم يمكن حذفه لافادة العموم فسبك الى انه اي شيء اخذ صاحب اليد يستقر عليه الى وقت اداء العين او المثل او القيمة الى من استحقه حالا سواء كان من اخذه منه او وارثه او من وهبه اليه او حكم الشارع بوصوله اليه كالمغصوب من المحجور اذ بان للمولى فانكشف بان امور الظاهرة منها الاول ان الغرض من اليد الاستيلاء عليه فلو اخذ بالوجل او السمن في خلفه فقاهة الرواية وكذا المنافع من الحقوق الخاصة كالمنزل من موقوف محله الثاني ان ما لم يستولي عليه اليد لا يتعلق الضمان على صاحبه كتعلق اليد على ملبوس الغير ويدخل فيها من تشارك المستحق له عدوانا الثالث ان من ناوله المولى او امره باخذ شيء فهو مجبور اكراها لا يدخل في الرواية عرفا الرابع ان غير اهل الشعور كالنائم والمجنون ومن بحكمهما لم يدخل فيها السادس ان الرواية مطلقة من جهة قصد الاستدامة الماخوذ وعدمه فلو اخذ الشيء للاستفتاح او للصياغة او لان يسوم او تلف في اليد مقتضى الرواية ان الآخذ ضامن وانما الاشكال في الصراف بلا اشكال في انه لا جهة لو استقر بيده عليه ومن جهة عدم الاخذ بانه لا يستحق وعدمه فلو اخذ شيء باعتقاد انه ماله او يستحقه والواقع لم يكن كذلك ضمن بمقتضى الرواية ومن جهة الوصول والايصال فلو تعدده الايادي على مغصوب واحد وبلغ الى ما يستحقه احدهم ارتفع ما في ذمة البواقي بمفهوم الرواية السابع لا بد من ارتكاب الاضمار في الرواية لاجل الملتزم به فهل هو الضمان او الحفظ او جميعا او جمعها الاخير لانه لو اضمرنا الضمان خاصة فلو ابرئ منه وقلنا ملتزم على حافظه الى وقت الاداء لادى الى جواز الانتفاع منه والثمرة الناشية عنه وفيه ما فيه وامكان رد قيمته او مثله مع بقاء العين عنده ولم يلاقه اختيارا والظاهر من الرواية خلاف ذلك ولو اضمر منافي قلنا بحذف المتعلق لان ارتفاع ما في الذمة يمكن برد العين او المثل او القيمة او المنفعة المتعارفة نقل عن ابي حنيفة سئل عن استاجر دابة الى مقام لحاجة فلما بلغ الى المكان المعهود توقف قضاء حاجته الى تجاوزه عنه فجاوزه من دون اذن المالك ثم رجع وسلم الدابة صاحبها فهل عليه الضمان قال لا لانه ارتفع عنه ما تعلق من تجاوزه برد العين ولو اضمرنا الحفظ خاصة فلو ابرئ منه وقلنا ملتزم على حفظه الى وقت الاداء لادى الى من اخذ شيئا ولم يقصر في حفظه وتلف في اليد من يده فلا شيء عليه

الاداء والظاهر من سياق الرواية كما فهم منها القوم خلافه وذلك لا يعني عدم ...
فتعين الاخير او اي شيء اخذ ملتزما على ضمانه وحفظه الى الوقت الاول ... اذا تحقق معنى
... من ... الرواية قلنا ان نتوجه الى بيان موارد الاخذ واظهار ما اخرج
عنها فنقول ان اخذ الشيء قد يكون اذن من الشارع والمالك على سبيل الاطلاق او
التقييد وقد يكون اذن خاص من الشارع وعدمه من المالك وقد يكون بالعكس
وقد يكون عدم الاذن بل الاذن بالعدم منهما فيه لا ريب في اندراج الصورة الاخيرة في القاعدة
كما لا ريب في اخراج الصورة الاولى منها بجميع وجوهها الاربع فلو اعطى المالك شيئا ولم
يبين الضمان بالاتلاف لتشعر عرفا عند عدم القرينة اذن منه بعدم الضمان ولا يحل
لامرء الا بطيب نفسه وكذا اخراج الصورة الثانية ... سواء صدر من المالك عدم
الاذن ... لي الواجد يحل عقوبته ... كما في التقاص ... حالا او شانا
كما في التقاص او لم يصدر كما في اللقطة ومجهول المالك ومال المجنون ... الشيخ
... لقوله لي الواجد يحل عقوبته ومن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه
بمثل ما اعتدى عليكم وللاجماع واما عكس هذه الصورة كما في القمار والربا فلولا القاعدة
مقوية بنهي الشارع بالخصوص لا تندرج في الطيب النفس وتفصيل ان المالك
اما لم يصدر منه اذن او صدر فعلى الثاني اما صرح بالضمان او بعدمه او لا فعلى
الاخير اما في الاذن ظهور في المجانية او بعدمه او لا فصور ... لا اشكال
في دخول الاولى والثانية وما كان ظاهر فيه الضمان في الرواية لان العمل بالظاهر كالعمل
بالتصريح وفي خروج الثالثة وما كان ظاهرا فيه المجانية عنها واما الاشكال في
صورة الاجمال كالمقبوض للسوم والحق ان تشكيكم بدوي اذ بعد التامل ترى العادة جارية
في الضمان المقبوض للسوم وكالاذن الشارع في التصرف فيما لا يملكه في الاضطرار ... او صدق
الرمق بقوله الا ما اضطررتم والحق ان هذه ايضا تشكيكم بدوي اذ بعد التامل ترى
ان اذن الشارع ظاهر بالمجانية كما لو دخل دارا وصاحب الدار قال ناول الماء والطعام
وارفع مقدار الحاجة ظاهر في المجانية وعدم الضمان وكالخطيب زوجة وخرج معها
لاهلها والتحقيق يقتضي ان يتصور المسئلة جهات عديدة فان اخرج قبل الخطب
للطمع به من دون اطلاع اهلها الوجه الاخراج او اطلعوا اهلها وقالوا لم تخطب
بنتنا فلا تتصرف مالك لنا واجاب المضطر اني اصرفكم وان لم تخطبوا بنتنا او كان

او كالم يتعلق بهم كضيافة الاشخاص الاجانب بيده ولو بعد الخطب او بعد الخطب
ورضاء الاهل ماتت المخطوبة او اخذت قهرا او عدل الزوج عن اخذها ففي
جميع المذكور لا ضمان عادة واصلا اي اصالة الاباحة الزمه اهلها عن المعروف
الا اذا كان من المستقلات التي يتعلق بهم كالملبوسات وحق اللبن المعروف عند الفارس
التي تحقق تمليكها بعد التزويج عادة فله الرجوع اليها لعدم حصول طيب النفس
في التصرف الحاصل قبل التزويج واذا اخرجهم لوجه الاخراج سكتوا لجنب اشعر
منهم الرضاء او صرحوا بالرضاء سواء كان قبل الخطب او بعده او حاله ثم اثر وعدم
الوصلة او عدلوا عنه وزوجها بغيره او تسببوا الاتلاف فيها اختيارا فالرواية
وقاعدة الاقرار بعد فرض الاجمال حاكمان بالضمان وكالذي اشترى دارا وصرف
فيه اموالا ثم اخرج بان غير مالك له فحكمان المذكوران بالضمان البائع بما اخذه
اليد وغيره ان كان عالما ... بالبيع المغصوب وليس حالكم ... احرف في الضمان
واخرج اموالا في اتمام الفواكه وخالف وعده وتلف في ايديهم لعدم محبته بل كالغار
المدلس عرفا ثم ان الرواية تدل على حصر رفع الضمان بالتادية لكن يفهم العرف
من سياقه بعدم لزوم رفعه بالتادية وينزلوه منزلة ذكر اليد فيها قلنا ان نتوجه
الى بيان الصور ما ... منها ايصال العين الى من يستحقه حالا لا دقة الاداء
وان يكن في محل يقطع بتحقق الاتلاف لونا او لهما بين صاحبها ... بان يأخذه عدوا كما
لونا ولهم بالبيع يضمن الثمن ... وليس كالقادم الى اضرار نفسه ظاهرا حتى
يقال بعدم الضمان الثمن ايضا بل كالمجبر على شيء اذا الثمن يأخذ من دون رضى
المالك او الشارع او الوصول ولو نهب الرياح او سرق المالك المال او اشترى المالك
ممن استولى بيده عليه بعد يد الغاصب فلو باعها الغاصب بالغبن واشتراه المالك
منه لم يضمن الغاصب بالعين بل بالثمن ومنها ان يؤدي المثل او القيمة عنه
لعدم قدرته على رد العين سواء كانت موجودة عند الغير او لا والمالك قادر
على اخذه من الغير او لا نعم لو اخذه المالك قهرا او شراء من غيره بعد اداء لزم المالك
ان يرد ما اداه من المثل او القيمة اليه ان لم يكن الغاصب باعها او لا ينظر الفقيه الى مقتضى
قسط والعدل ومنها ان يكون الغاصب حال الندامة مالك العين بان انتقل المال
المغصوب عنه الى الغاصب بارث او هبت من المالك ومنها ان تكون يد الغاصب

انه لو طالب المالك المتلف فليس للمتلف الغاصب العالم الرجوع الى الغاصب الاول بلا خلاف يظهر ولو طالب الغاصب الاول فله الرجوع الى المتلف اجماعا منا على المختار بان الضمان واحد تعلق على المتلف وانما كلف المجوع غيره بالوصول ان عينا فعين وان قيمة فقيمة ويرشدك الى حقيقة المضاف الى ما مر انه لو صالح المالك ما في ذمة المتلف او عفاه او وهبه اليه ان كان موجودا ارتفع مطالبته عن غيره واما لو صالح الغير اي الغاصب الاول فلا يرتفع مطالبته لمع المتلف وانه يجوز ان يصالح ما في ذمة المتلف على مقدار ثمن المتلف ولا يجوز ان يصالح ما في ذمة غيره او الجميع على تضعيف الثمن ٢ ان الاجماع على طبق القاعدة اذ مع بقاء العين وعدم الوصول اليد اليه رجوع الغاصب الاول الى من ذهب من يده الحيلوله ومع عدم بقائها العوض الذي طولب به لم يكن في ذمته بل في ذمة من ارتكب في اتلافه كما لو كان بطيخا وناوله او تلف من يده كما لو كان قوطيا من الجواهرات ووقع من يد الغاصب الثاني في البحر مثلا وبناء على ان الحكم المعلوم في التنبيه السابقة على خلاف القاعدة مقتضى حكم بان الرجوع الغاصب الاول الى المتلف ... او الى من الغاصب الثاني لو تعددت الايدي على ما كان على خلاف القاعده كما جنح اليه السيد في المقابس ثم على فرض الثاني فهل تمليك الغاصب مال المتلف ايضا امر تعبدي ام على طبق القاعدة قولان اوجههما مختاره السيد دام ظله وهو انه ياخذه عوضا عما اداه الى المالك عادة الا ترى انه ليس له ان ياخذ زايدا عما اداه من التلف فالحكم على طبق القاعدة وذلك ايضا بعد التامل يرشدك الى حقيقة ما حققناه اذ لو كان الاداء الغاصب الاول لاجل دفع ما في الذمة فلا يكون يثبت في مقابله عوض في رقبة الغير بمجرد الاداء ومنها انه لو امكن وصول اليد الى المالك فهل هو للمالك ام الغاصب الاول ام المتلف ام لا مالك له وجوه كلها خلاف القاعدة بناء على مذاق الاستاد واما وجه الاخير فمنعه العقل والنقل بها الواقر احد ما في يد لشخص وهو انكره بالحل اذ في الواقع مقربة اما مال المقر او المقر له او الغير فلا يكون المال في الواقع بلا مالك اما الوجه السابق الاول لانه قد يحصل به الجمع بين العوض والمعوض لو كان المال حاكوكا واما الوجه الثاني لانه قد يحصل لو رجع المالك الى الغاصب الاخير فتمليك الغاصب الاول المال يكون مجانا ومع اخذ العوض عن الغاصب الاخير يجمع عنده العوض والمعوض واما الوجه الثالث لانه قد يحصل لو ادى عوضه غاصب الاول وتراضى للمالك بعدم ياخذ عوضه من المتلف رجاء لبلوغ اليد اليه يلزم منه نقل المال اليه من غير سبب شرعي ولا بد من ارتكاب اقل المحذورات الاوجه منها وبناء على سبيل المستقيم الذي اخترنا ان المال مال المالك فلو زادت قيمته او نقصت يرجع الى المالك وكذا نماآت المستوفية منه عرضا وعوض الذي اخذه يطالب به صاحبه ولا يحصل الجمع

بعد دفع الحيلولة

فهو منطبق على القاعدة الحيلولة

الجمع بين العوض والمعوض سواء وقعت المعوض والمعوض عنه الرجوع ام لا فلو قيل كيف يجوز للمالك التصرف فيه ما اخذه لو لم يكن ماله قبل بلوغه بعين المال قلنا انما جوازه لاجل الاباحة او الاجماع او لاجل الاذن المالك ... ثم ... الاسم المعوض ويشهد له ان اجتماعهم على ان المتلف ضامن ويجب عليه الاداء فهل على طبق القاعدة ام لا التساوي حاله وحال غيره في التصرف لمال الناس بغير اذن وجهها قد نقل عن شرح القواعد وجه لترجيح الاول وهو ان المتلف ارتكب امرين من امور الضمان التصرف بغير اذن والاتلاف واما غيره ارتكب واحدا وهو التصرف فلذا الزم المتلف بالاتيان واجاب عنه سيدنا ... بان الاستيلاء اوجب الضمان عليهم فلا اثر في الزيادة الموجب كما في التوارد في العصي مع انه لو تلف بآفة سماوية فلم يكن هو مباشر الاتلاف لا يجوز ... المتلف فالحكم كليته لم يكن على طبق القاعدة اذ كما لا يجوز ان يرجع المتلف لو ادى القيمة الى المالك الى غاصب الاول يمكن ان يقال لا يجوز رجوع الغاصب الاول بعد الاداء ما في الذمة الى المتلف فعلى بناينا اي عدم تحقق الضمان في الذمة المنصرف من الاسم الاتلاف فهو على طبق القاعدة اذ بالتصرف الحاصل في يد الجميع لم نقل بتحقق الضمان الا انهم ارتكبوا المنهي اي حكم التكليفي فلو رد العين الى المالك فعليهم العقاب بعد ذلك لو لم يتوبوا وانما الضمان يتحقق بالاتلاف ولا مرية في عدم تحقق ذلك في غير الغاصب الاخير فاذا اضمن المالك غير المتلف الغاصب فلهم الرجوع اليه ولا ينافي ما ذكر ان يتحقق في رقبة كل واحد حكم وضعي ايضا اي حق التصرف ومنها لو كان الغاصبون عشرة مثلا فبعد اطلاع المالك الغاصب الاول فهل له ان يطالب العوض ممن اخذه من يده ام ممن تلف من يده او هو يصير بمنزلة المالك كمن لو صالح المالك حق المطالبة اليه فهو جمع الحاكم ... احتمالات ٢ فبنائنا صعد الى الثريا تبعا للعدل واما ان ناخذ دونه ومنها لو تعددت يد الغاصبين على نحو الاشتراك من غير تقسيم وتلف المال من بينهم لا ريب في مطالبة المالك كل واحد منهم حق التصرف واحتماله لا مقدار ما تصرف فيه وانما الاشكال في جواز مطالبة كل واحد بالعين لو تمام قيمة العين او مقدار ما ثبت اشتراكه في العين يمكن ترجيح الاخير بالاصل عدم ثبوت جواز الرجوع الى كل منها زايدا على ما استقر في يده عليه وكذا الكلام ما لو اشتركا الغاصبين مع المالك في التصرف وهم صادو سببا الاتلاف العين هذا فلو تلف العين من يد احد الشركاء دونهم يمكن ان يضمن على كل العين كالصورة عدم الشركة لاجل التلف ومنها انه لو تعدد الايدي

كما لو غصب دابة على سبيل الاشتراك ... وتلف من يد احدهم

الغاصبين على مال فان تسبب الاتلافه دون المالك او كان من الغاصبين اجمعوا
على وجوب الضمان عليه واما لو اتلفه الغير اي اجنبي او المالك او بعد
باذن المالك فهل يتعلق على الغاصب ضمان العين على سبيل الوجوب
ام لا وجهان اقربهما الاول لقاعدة السبب فلو غصب طعاما شخص
واذن مالكه ان ياكل الغير فلو اكله الماذون له فليس على الغاصب ضمان مقدار ما اكله
الاجنبي ومنها انه لو تغير العين في الايادي بنقص وتغيرت قيمتها فيطالب
كل بحسب ما كان عنده لا الزايد لعموم لا ضرر فلو كان دابة سمينة لو غصبها من المالك
غاصب ثم ضعف علفه وغصبه منه غاصب آخر فلو رجع المالك الى المتلف فليس له ان
يغرمه قيمة الدابة السمينة بل دابة الضعيفة وكذا العكس فلو غصب دابة
ضعيفة وغصبه غيره منه وسمنه بحيث زاد في قيمتها فلو رجع المالك الى الغاصب
الاخير ياخذ ماله وليس للغاصب الاخير ادعاء الزيادة من المالك او من الغاصب
الاول لاستقدامه على ضرر نفسه ولو تلف بيده فيغرمه على دابة التي كان
في يده ولو رجع المالك الى الغاصب الاول فليس عليه له ان يغرمه قيمة الدابة
السمينة بل قيمة دابة التي كان مستولا يده عليه ومنها ان عنوان المقيم بان يعود كرمن
الجاهل معذور اولا وكلامهم في هذا المحل ان الناس صنفان مجتهد ومقلد وعبادة الخارج
من الفريقين باطل وتمسكهم باخبار دالة على نفي التكليف فيما لا يعلمه وقولهم تظهر
الثمرة في وجوب الاستفسار وعدمه ولزوم القضاء وعدمه تنادي باعلى صوتها ان
محل النزاع في الاحكام التكليفية خاصة وعدم مدخلية العلم والجهل في ترتيب الاثر بعد تحقق
السبب في الاحكام الوضعية ظاهر الاتفاق بينهم ويشهد على ذلك كلام الفاضل المقدس
التوني في آخر هذا المطلب وهو ان الكلام فيما ذكرنا انما هو في الواجبات والمحرمات
وغيرها وما هو في العبادات وكيفيتها واما الصحة والفساد والترتبات على المعاملات
والاسباب الشرعية كالعقود والجنايات ونحو ذلك فنقول بترتب الآثار بمجرد الاسباب
وان لم يكن المكلف عالما بترتبها ولا يتوقف الترتب بالعلم بان الشارع رتب هذا على ذلك
ومرادنا بالواجبات والمحرمات ايضا غير التوصليات والا فالواجبات التوصلية ايضا لا
يضر في الترتب الآثار عليه جهالة كونها من الشارع انتهى كلامه رفع مقامه ومنها انه اذا
تناول الغاصب المغصوب شخصا جاهلا بالغصب وهو تناوله غيره وسرقه من الغير
غير مكلف واخذه منه الاجنبي وتلف من يده فللمالك الرجوع الى كل منها غير المكلف
فان رجع الى المتلف فليس له رجوع الى احد وان رجع الى طالب مغصوب الثاني فله الرجوع

ولو اخذ الغاصب دابة ... وهو سلم المغصوبة وهو الغير ومن الغير اخذه كلب واخذ صاحب الكلب منه مع عدم علمه بالكلب واكله

ضمان الحر منفعة

الرجوع الى الغار لا الى المغترّ اي الغاصب لان العرف لا يرجعون في اسباب التلف الى بعدها كما ترى
انهم يرجعون الى المباشر بالقتل لا الى السياف ومنها انه اذا استقلت اليد على الحر فهل يوجب
ضمان العين والمنفعة ام لا قيل ان كان صغيرا ام لا اقوال نقل عن الاردبيلي والشيخ في المبسوط
الاستقرار لاطلاقه في محل الدرس اذ يضمن منافعه والتحقيق يقتضي عدم الضمان المنفعة المفوتة
من الحر المقهور عن الاكتساب وذلك لان موجبات الضمان ثلثة الغصب والاتلاف
بالمباشرة والاتلاف بالتسبيب والمنفعة المفوتة من الحر خارجة عنها اما الاول فلان الحر
ليس مالا ولا ما هو في حكم المال كالاوقاف فلا تدخل تحت اليد ولا يصدق عليه الغصب واما
الثاني فلانه ليس من المأكولات والمشروبات والملبوسات والمستعملات حتى يصدق عليه
المباشرة للاتلاف واما الثالث فهو من الاسباب البعيدة التي لا يعدون العرف صاحبه
ضامنا كالمستعمل الحرفة والمانع الناسخ عليها عن الصنعة فلا يضمن ما فاته من المنفعة
المكتسبة فلانه دليل الاضرار تجاه في هذا المحل اما مستمسك بالتشكيك الضرر الاجمالي او البدوي
وعلى كل التقدير لا يجوز التمسك به اما الاول فواضح واما الثاني فلانه قيل ذهاب الفاضل
المذكور الى الضمان والتمسك به لم يذهب به ذاهب فاعراض الاصحاب يكفي في تخصيص
عمومه وتحقيق ضمان العين يحتاج اولا تشخيص محل النزاع فنقول ان تسبب لموت الحر بان
رماه في المسبعة او تحت جدار معيوب او في بئر بسبب حفره في طريقه ونحوها او لنقص
اطرافه بان امر عبده ان يقطع اذنه او حشمه او يده او استعمل جارحة منه بر ولو فوقع
لاجله او نحو ذلك ولو بالمباشرة فمحله في الديات ولا حاجة الى ذكره هنا وان مات على مقتضى
طبيعته وحتف انفه صغيرا كان او كبيرا فخارج عن محل النزاع لعدم الضمان عليه اتفاقا
وتوجه اليه ذلك الشهيد في الروضة وغيره وان مات بسبب الاسباب الاتفاقية التي لولا
تسليط القاهر اياه لما مات عادة نقل الاجماع بعدم الضمان في الكبير وانما محل النزاع
في الصغير الذي عجز عن دفع ما اتلفه عن نفسه فلو كان كبيرا اقدر على دفعه والفرار عنه
فعن الشيخ انه لو لدغ الصغير حية او عقرب او وقع جدار عليه ومات يضمن والمشهور
على عدم الضمان والظن حاصل في قول الشيخ لان العرف يعدّ ذلك من اسباب القريبة لكن
حصر العلة في الصغيرة لا وجه له اذ هي جارية في الكبير في بعض الاحيان كما لو وضع كبيرا في
السجن المظلم ومات باصل الاسباب المذكورة وموافقته بالمشهور في الكبير دون
الصغير مع سيالة الدليل غفلة عما ذكر ويلحق بالصغير المجنون والكبير الذي بلغ رتبة
الصغير لكبر والمجنون والمريض ومن اخذ في حالة النوم او الاغماء هذا بالنسبة الى الحر الاصلي
والرقيق بالرضاء المالك مع الشعور والملحق به كما لو باع شخص جارية ابيه عدوانا

ثم كشف بان الجارية كانت منتقلة اليه قبل البيع لموت ابيه لكن لو كان المولي غير عالم بكون
الجارية ماله لكن بتقصير تام من كل الوجوه الا وجه التعميم اشكل واما الرقيق الغاصب
وما اجر المالك اه بوطئ عبده فيضمن عليه المال فيضمن باخذ صغيرا كان او كبيرا الاصل
الضمان بالاستيلاء عليها وكذا بالمنافع ولو استخدمه الحر لزمته الاجرة ومنها
انه لو استاجر الحر للعمل فاعتقله ولم يستعمله ففي لزوم اجرته على الحابس وعدمه يحتاج
الى شرح صوره فنقول ان الاجير اما اجير خاص اي متكفل بنفسه اداء العمل او
اجير مطلق بان يوجد الفعل سواء كان بنفسه ام بغيره مستقلا او بمعاونة وعلى
التقديرين ان العمل اما محدود بالزمان او بالمسافة وعلى التقادير الاربعة
ان الاجير اما باذل نفسه بان يطلب العمل واما ممتنع عن العمل واما ساكت
ويعلم من ضرب الثلث في الاربعة اثنى عشر صورة وصور التنازع السكوت ملحق
بصور عدم بذل النفس لاصالة عدم ثبوت الاجرة في ذمة الحابس واصالة
عدم [illegible] استحقاق الاجرة الاجير وبقاء رقبته على الاشتغال ففي جميع صور عدم
البذل وملحقاته لا يضمن المعتقل اذ بطلبه على العمل ويأذن به وهو باختيار
تارك العمل فكيف يتعلق الضمان على المعتقل وعن بن الفهد صاحب المهذب استقرار
الضمان على المعتقل لو استاجره مدة معينة فمضت مدة [illegible] باعتقاله على قول [illegible]
والشهيد ايضا يظهر منه في بعض حواشيه وفي المسالك دعوى الاجماع وهي اطلاق
كلامهما تشمل فيما كان [illegible] الاجير الخاص والمطلق وما قيل لو كان الاجير خاصا المدة
معينة والاجير مطلقا بعد بذل نفسه لا يتعين الكلي في الخارج في فرد حتى يقال
كسببية الاتلاف موجب للضمان نعم لو اشترى شيئا والمشتري ياخذه من البايع
بعد الاقالة البايع اليه الى ان تلف فلا يضمن البايع مدفوع بان الخيار التعيين
الكلي بيد الاجير لا المستاجر فمتى قال الاجير اني باذل نفسي الى العمل
ونحو عليه ولم يمنع تعين كلي بالفرد المعين والمستاجر فمتى صار هو سبب لتفويته
فيضمن فالباقي من الصور القابل للنزاع صورتان وهما ان لا يتعين المدة
في الاجير الخاص او المطلق مقتضى الاصل وعدم تحقق تمليك المنافع الحر المتبرد عدم
الضمان وهذا الكلام جار في الصورتين السابقتين لولا الاجماع ثم ان الاجارة هل هي
تمليك المنافع ام الزام ما في الذمة ام التفصيل في صورة الخاص [illegible] الزام
ما في الذمة كالبيع السلم وفي صورة اجير المطلق تمليك المنفعة كاستيجار الاعيان الخارجية

واما بوجود العمل في الخارج

وجوه
الخارجية لاستيفاء المنفعة ومورد المفصل في التفصيل انه كان تحقق التمليك في الاول والتعيين
دون الثاني فمردود من وجهين احدهما ان منافع الحر لا تملك في الصورتين ما لم تبرز و
ثانيهما على فرض التمليك ان الكلي يتعين بتعيين الاجير وابذال نفسه اذ الخيار له ولا
خيار عليه كما اذا تسلم المستاجر العين ومضت مدة يمكن فيها الانتفاع بها وان لم يستعملها
يستقر الاجرة في ذمة المستاجر وان كان فيما اذا كان الاجير الخاص فبعد ابذال النفس
يصدق عليه الاتلاف ولا يصدق على الاجير المطلق لانه كلي فرد [illegible] اولا لا يصدق
عليه الاتلاف في الصورتين اذ الاتلاف في الموجودات والمنفعة الحر لم تكن موجودا
والتلف المعتقل حتى يصدق عليه الاتلاف وثانيا انه في الاجير الخاص ايضا بالنسبة
الى الفعل كلي كما في الاجير المطلق فصدق الاتلاف في الاجير الخاص دون المطلق لا وجه
له والتحقيق يقتضي ضمان المعتقل في جميع الصور لبذل الاجير نفسه للبذل
واقدام المستاجر على الضرر وهذا الكلام لا ينحصر في الاجارة بل جار في البيع والصلح
والعارية المعوضة ونحوها ولا في الاعتقال بل لو منعه عن العمل او اجره لاجل البناء
ونحوه ولم يحضر له المؤنة حكمه كذلك ويتبعض الضمان لو تبعض في الامتناع المستاجر
مثلا [illegible] اجره يوما واعتقله نصف يوم فيضمن المعتقل او المانع
المستاجر نصف اجرة الاجارة وهكذا والمقام يقتضي ان يعلم ان اجارة الحر
الزام ما في ذمته او تمليك المنافع المولدة منه وتثمر ذلك فيما استاجر
حر يوما معينا بدرهم وهو في يوم المعهود استاجر نفسه لغيره بدراهم
فان قلنا انه تمليك المنفعة فالمنفعة التي تولد في يوم المعهود للمستاجر الاول
بتمامه وله ان يفسخ عقد الثاني ويبقاه وياخذ جميع الاجرة الزائدة على اجارته
في مقابلة المنفعة بعضا او كلا عند عدم الاخذ لاجرة الاجارة الثاني وان قلنا انه
الزام ما في الذمة فلا يستلزم ما ذكر بل يبقى حق المستاجر الاول في رقبة الاجير
فيصح عليه اخلاصه ولو اعتقله غير المستاجر ومنعه عن العمل فليس عليه الضمان
لان الاصل معتضد بان التفويت الحر ليس مالا حتى يطالبه المستاجر لاجل التصرف
في حق الغير نعم يمكن التمسك بادلة الضرر وان قلنا بانه لا ينصرف الى الاجير
المانع التفويت عند امتناع الغير عن حصول المنفعة لان العرف يعده هنا
من الاسباب القريبة فيضمن للتسبيب لا للغصب كسابقه فالترجيح الى
تحقيق ان الاجارة الزام ما في الذمة او تمليك المنفعة فنقول ان مقتضى قولهم

والتابع المتعقب

مع علمه بانه اجير الغير اعتقله بتفويت منفعة المستاجر

حكم في الفرع المذكور ملك المنافع المولى من الاجير في يوم الاجلة والمستاجر
الاول ان يكون الاجارة تمليك المنفعة ومقتضى كلامهم جواز ان يستاجر المستاجر
ما في ذمة الاجير ان يكون الاجارة ما في الذمة وكلامهم في باب الاجارة [illegible]
[illegible] ومقتضى عموم التسوية بين الاجارة [illegible]
ما في الذمة [illegible] الاجارة التي استحق الاجرة [illegible]
الا بعد العمل ولو استاجره [illegible] الانتفاع [illegible]
الصورة الا شرط [illegible] السابقة بالنسبة اليها [illegible] المالك العين [illegible]
اشكال [illegible] المستاجر [illegible] بالنسبة [illegible]
[illegible] لو كانت العين معينة والزمان معينا [illegible]
[illegible] ولو كان الزمان معينا [illegible]
الاجير [illegible] فالباقي من الصور [illegible]
صور كان اصحها ان يكون العين معينا والزمان غير معين وصورة العدم
التعيين العين والزمان فان كان المستاجر [illegible] في [illegible]
وان كانت [illegible] الاجير [illegible] المستاجر [illegible] جهة اجارته
بالنفس [illegible] الاجارة [illegible] مثلا
لو استاجر [illegible] المعلومة [illegible] البغداد [illegible]
في كل يوم [illegible] المستاجر [illegible] الاجير من دون
رضاه [illegible]
المستاجر [illegible]
السكوت من كون [illegible] الاجير [illegible]
[illegible] الاجارة [illegible]
ومما يجب [illegible] الاتلاف [illegible] الاكل والاحراق
والقتل [illegible] الدار [illegible] او استاجر
[illegible] المنفعة المستاجرة [illegible]
[illegible]
[illegible] بان المباشر [illegible] التلف [illegible]
التلف بلا واسطة [illegible] الضمان [illegible] التلف

التلف بان يفعل شيئا [illegible] الاتلاف [illegible]
والنسبة بين المباشرة [illegible] عموم من وجه [illegible]
[illegible]
[illegible] المباشرة [illegible]
والنسبة بين السبب [illegible] عموم من وجه [illegible]
[illegible] الى البيان والنسبة بين
المباشر والسبب [illegible] عموم من وجه [illegible]
[illegible]
[illegible] السبب [illegible]
ان الاتلاف يعم المباشرة والسبب [illegible] الضمان [illegible]
[illegible] الاتلاف [illegible] بلا واسطة [illegible]
الى السبب مجاز [illegible] الواسطة الاجنبية [illegible]
[illegible] الواقع [illegible] الحدث [illegible]
[illegible] الواسطة [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] الاتلاف [illegible]
[illegible] الواسطة بين الفاعل [illegible]
[illegible] التلف [illegible] المباشر [illegible]
[illegible] الحدث [illegible] المباشر [illegible]
[illegible] التلف [illegible] المتلف [illegible]
[illegible] التلف [illegible] الاتلاف [illegible]
[illegible] التلف
[illegible] الاول [illegible]
[illegible] المباشر [illegible]
[illegible]
[illegible] التلف

من كل واحد انضماضا عن الاخر مستقلاً وعن كل لو تشاركا في حمل دابة ورميها في البئر وكانا متساويي القوة بحيث يمكن كل منهما مستقلاً ان يرميها في البئر او كل منهما لم يتمكن على ذلك وحده او لم يكونا متساويي القوة سواء كان احدهما يمكن ان يرميه مستقلاً او كلاهما لم يتمكنا على رميها مستقلاً لكن قوة احدهما يضاعف قوة الاخر ففي جميع هذه الصور يضمن كل منهما بالنصف لان العرف يسند الفعل اليهما بالسوية ولا يلاحظ الشدة والضعف القوة نعم لو غصب الشريكا تشارك شخصا في غصب ما عون من الانكبين وشرعا في اكله وكان احدهما اكولاً والاخر ضعيف المادة قليل الاكل بحيث اكل من الماعون عشره ان العرف ان العرف وان يسندون الفعل اليهما لكن يفرقون في الضمان بين الاكول وقليل الاكل ثم فالمدار على العرف ثم انه هل للمالك ان يطالب كل منهما بتمام القيمة وياخذه منه ويرجع الشريك الى شريكه بالنصف ام لابد ان يرجع كل منهما بالنصف وجهان اوجههما الاخير لان امر المالك دائر بين حرمة المطالبة الزائد عن النصف عنهما وجوازه فمقتضى الاحتياط واصالة البراءة ذمة المتلف عن الزائد من النصف يرجحه وهل الثاني فلو اشترى شخصين لتلف دابة ثم انكشف كونها مال احدهما الا يسقط تغريم النصف عن غير المالك باحتمال ان المالك رضي حين التلف بالتلف واذن في التلف والناس مسلطون على اموالهم فالضمان يرتفع عن غير المالك لقاعدة الضرار سواء كان الشريك عالما بانه ماله او المتعقد بعدم كونه ماله او شك فيه لعدم الرضاء الشارع فيه ولو تلفه المالك لما كان راضيا به وعلى الثاني فهل يتعلق الضمان على الاول خاصة او على الثاني او عليهما او التفصيل وجوه اوجهها الاخير فنقول لابد للفقيه ان يلاحظ الموارد فان كان المباشر الاول اخرج المال عن المالية بحيث لا يعد عند العرف مالا لا يضمن مباشر الثاني لان الضمان فرع المالية والمفروض لا يعد مالا كما لو رمي احد زجاجة او اناء من السطح وقبل وصولها الى الارض كسره الاخر ونقل عن بعض ان المال اذا خرج عن المالية عرفا ظاهر فلو اصابه اخر علكه كما في المفروض لو تلفاها احد صحيحا من بين الحوج وكذا الصيد الطير الغير المعلم وفيه اشكال لان الشيء مادام في معرض التلف لا يصدق عليه المالية ~~فلا يضمن حال المتاوت التلف~~ واما متى خرج عن معرض التلف يسند المال الى المالك عرفا فلا يملكه الغير لاسيما لو كان سبب التلف اجنبيا كما لو شق احد بطن ناقة عدوانا وحلله الاخر والثاني ليس عليه الضمان لقوم ما على المحسنين من سبيل وبعض لا يملكه لكونه مال الغير وان ادركه من معرض التلف

التلف ويضمن الاول ما به التفاوت بين الحي والمذبوح لو كان في الخارج لهما تفاوت وان كان مباشر الاول اخرج المال عن المالية في الجملة كما لو اصلح رمي يد عبد بالسيف والاخر قطع راسه وعلى الاول ضمان العبد المقطوع اليد والباقي على الثاني وان كان العبد بضرب الاول في معرض التلف لامكان ان يعتق قبل الموت فكم قيمة وحكم نظرها لو تلف احد الوصف او المنفعة والاخر العين وان كان مباشر الاول اخرج المال عن المالية في الجملة فقطعها وبقي الباقي مشكوكا كما لو رمي احد نارا في دار وحرقت نصفها وارادت ان تنطفي فاشتعل الاخر حتى تحرق الجميع ان المباشر الثاني لا يضمن نصف الاول بل بالنصف الثاني لانه كالمشارك في القاء النار دفعة في النصف الاخر فيضمنان معا بالسوية وان ضعف عمل احدهما من الاخر وان كان مباشر الاول غادر سليما انا بسيف بعد ما نقاسه ثم ضربه الاخر وتلف فالناس يسندون الفعل اليهما فيضمنان معا بالسوية وما فرضنا في الاتلاف بالمباشرة يمكن ان يفرض في الاتلاف بالتسبيب اذ المسبب اما واحد فلا اشكال في ضمانه واما متعدد فتوارد للاتلاف يحصل علة التلف دفعة كما لو وضعا شخصان حجرا بين طريقين ليقع على من يمر من تحتهما او مراحد فوقعا عليه ومات بهما سوا او كان كل واحد في قابلية التلف انضماضا عن الاخر ولم يكن كل منهما له قابلية ذلك او كان لاحدهما قابلية دون الاخر سواء احدهما سبق في الوضع او تقارنا كما لو تشاركا في حفر بئر فاذا انتهى الحفر كل منهما حاشية ~~والاخر~~ واخذا حفراه الى معرض التلف واما تريتبا فقد يكون السبب الاول اقوى سببا ووضعا من الاخر كما لو نصب شخصا جلود في الطريق ليعثر الناس به وتخلف وجاء اخر حفر بئرا في شفير الجلود وعثر بالجلود ووقع في البئر وقد يكون السبب الاول اقوى سببا والاخر اسبق وضعا كما حفر شخص بئرا والاخر نصب شفره وجلود فعثر المار به وطرح في البئر وقد يكون احد الاسباب اقوى سببا والاخر اسبق وضعا والاخر اقرب الى علة التلف كما في المفروض لو نصب احد في البئر فيها سكينا ففي جميع هذه الصور يضمن ما ينسب الفعل اليهما به عرفا فمن فعض بعدم اقوى سببا اذ لولاه لما تحقق ويتعد تحققا اثره يتحقق الضمان عليه ولا اثر لخلاف الاسباب الباقية نظير ما قيل في النواقض الطهارة بعد ناقض الاول لا اثر فيما حصل من النواقض بعده وعن بعض ان المدار الضمان على التلف من حيث اللب قطع النظر عن احدثه

الفرق فالتلف بالجميع فيكون بجزء من الاخر كما في دمه من حيث السكين في
البئر دون نفر وعلى ان يقال ان ضمان على من سبق في حصول سبب التلف وهو
حافر البئر في المفروض الاخر والاقوى يضمن من تستند اليه التلف عرفا
ولا ريب يستند التلف فيها الجميع فيستحق الضمان بهم بالسوية وكذا الحكم لو فصل شركاء
في حفر بئر فحفر واحد ذرعين والاخر اربعة اذرع والاخر كذلك اقوى ان الاول
ايضا ضامن وان لم يحصل التلف بفعله لولا البواقي لان العرف يحسبون التلف الذي بعضه
فلو لم ينسبوا فلا ضمان عليه كما لو حفر ذرعا او اقل منه والباقي حفروه مائة
فلا ضمان على الاول ٣ اذا اجتمع المباشر والسبب كمن حفر بئرا عدوانا فدفع
غيره فيها انسانا ما لم يكن الدافع مجبورا فضمن فالمعلل الهندي مجد وامات كشف اللثام
وعن مولانا الاردبيلي مع دفع نظرهم ظهور الاجماع لا يضمن الا المباشر ونقل في محل
الاردبيلي عن اكابر المرحوم بجواز الضمان على السبب وعمل اليه كلام صاحب الرياض
حيث قال لولا الاجماع لجاز ضمان السبب ولنضرب مثلا لا عاما يجمع الميل اليه
نحو لو حفر بئرا في غير الملك عدوانا وغشاه بالدغل وتنازع شخصان فيها اشرفت
من دون علمهم به ورفع احدهما و رماه على البئر فخسف الارض من تحته ووقع
في البئر وتلف يمكن الحكم بلزوم الضمان عليهما لقاعدة الضرر ولا يبعد ان يتعلق
الضمان على المباشر الغافل كما في النايم والمجنون ان لم يخرجهما الدليل او الاسبب
ان لا تخصص القاعدة بخروج المفروض عنها بل نقول بان المباشر ههنا ضامن
غايته في المفروض يرجع المباشر بالسبب عند المطالبة الضمان للغرر وعدركه
من مال الى الضمان السبب حينئذ اجتماعه مع المباشر لو كان دليل الضرر او اطلاق
من حفر بئرا في سبيل المسلمين فهو له ضامن او ضامن لمن وقع فيها الحديث قريب بذلك
فاولا نمنع انصرافهما الى مورد الاجتماع السبب والمباشر الى ضمان السبب لعدم
استناد التلف اليه عرفا فيكون حكمه حكم الاسباب البعيدة التي لا ينصرف
قوله من اتلف مال غيره فهو له ضامن اليهما كالاسباب القتل الى المقتول بالسيف
الى السياف وثانيا فسلم لكن نقول ان النسبة بين رواية السبب والاتلاف من حيث
الاطلاق عموم من وجه والشهرة واجماع المنقول والاصل يعين الضمان على المباشر
تقريرا الاصل الذي [illegible] الامر فيما هو المقام دائر بين ان يكون الضمان الواحد عينا او
تخييرا او كفائيا فالاصل الى قدر المتيقن ان تكون عينيا وما نحن فيه ضمان المباشر قدر متيقن

قدر متيقن الا انه يمنع اليقين بالنسبة الى النصف لاصالة براءة ذمته عنه وعلى فرض
جواز المالك المطالبة ان يطالبه بتمام الدية او الثمن يجوز له ان يطالب المسبب في النصف
الغرر او غيره والاقرب عند عدم الغرور وامكان القياس الام المباشر ان يضمن المباشر
لان التلف مستند الى المباشر اذا تحقق ذلك فالمقام يقتضي بيان بحثان
الضمان عن المتلف وهي عمدة منها ان يكون المتلف مكرها والمكره اما عين
الاكراه لاختيار له كما لو اريد ان يرميه شخص في البئر فمن خوفه من دون
الاختيار تشبث بالاخر واوقعه في البئر او تشاجر بين الخصمين ورفع احدهما
الاخر ورماه على الاجنبي وهو مات بسبب مباشرة الاخر واما عين الاكراه
لاختيار كما لو امر المولى عبده بقتل زيد او تلف ماله وكذا الحاكم والسلطان
بالنسبة الى الرعية فعلى الاول لا ضمان على المباشر لسلب منفعة وعلى الثاني
حكم ضمان المباشر في الديات النفس المحترمة لاجل ان الشارع لم يأذن لهم حفظ
نفسه على الاخر وعدم الضمان في الاموال لحفظ النفس المحترمة ولابد ان يكون
احد الحكمين في صورة الجهل [illegible] القاعدة والظاهر ان ضمان المكره المختار
ههنا على القاعدة لان الفعل عرفا يستند اليه لا الى من اجبره والفرق بين المكره
المختار وغير المختار غير عزيز اذ القوم فرقوا فيهما في الصوم وحكموا بصحة صوم
الثاني لو اوجر على المفطر دون الاول ولزموا عليه القضاء بل الكفارة وانهم يكونا
عاصيين فح نقول ان ادلة الضمان على المباشر اما لم تشمل المكره واما شامل
كما هو الحق لكن الشهرة واذن الشارع في الماليات واضعفية بالنسبة
الى المسبب وهو الامر تخصصها في غير المكره هذا اذا اذن الشارع فيه واما
اذا لم يأذن الشارع في الماليات ايضا ضمن المباشر بتمام القيمة كما لو امر المولى
باتلاف اكل دواب زيد عبده مخيرا في التعيين وكانت نعجة وبقرة وناقة
فهو اختار تلف الناقة التي اكثر قيمة لغرض صاحبه عدوانا فلا اذن من الشارع
في حياره لاسيما اذا التمس عليه المالك في اتلاف النعجة فعليه ضمان قيمة تمام
الناقة ولو فرض تعدد المالك فيها فان كان حالهم مساويا في الغناء والفقر
عرفا فعليه ان يراعي اقل ضررا على المسلم وان كان حالهم مختلف فيه ولم يتحمل حال
الضعيف في قتل دابة الضعيفة لشدة احتياجه اليها ودونه لا يبعد ان نحكم

بقتل غيره الذي اقوى قيمة وان الحاصل من الصورتين المحسن مخير في قتل ايهما شاء
من جانب الشارع ايضا ومنها ان لا يكون المتلف محسنا سواء كان مباشرا ام
سببا للاتلاف لقوله تعالى ما على المحسنين من سبيل وظهور الاجماع ومع الاحتمال
الضمان تجري اصالة البرائة فيه ايضا والقوة العاقلة ايضا حاكمة في بعض الموارد
به والمقام يقتضي بيان مجرى قاعدة الاحسان واعتبار المحسن اما تلف
الشيء على يده من دون الاختيار كما لو اخذ شيئا من الغاصب للوصول الى المالك
وتلف من يده في اثناء الطريق بسرقة او نهب او آفة سماوية واما اتلفه
بيده اختيارا مراعيا لدفع الضرر الكلي بالضرر الجزئي كما لو وجد احد مال الغير
بيد الغاصب المعرض لعرض التلف واخذ منه التماسا البعض في دفعه الى اقوى
منه رشوة ليأخذ الباقي ويوصله الى المالك احسانا عليه ويحفظه وتلف او وجد
بغلا قد امها كديشا يجرها في الانقياد من دون المالك معها ويعرف مالكها
ولا يمكن جلب البغال الا بقتل الكديش بالنبل والرصاص فقتله مصلحة للمالك ودفع
الافسد بالفاسد وهو قاعدة مسلمة عند ارباب العقول وعلى كلا الصورتين
لا ضمان على المحسن وذكروا في عدم ضمان المحسن شروطا خمسة الاول ان
يكون المحسن قاصدا الاحسان حين اخذ المال للاسترداد فلو اخذ شيئا للانتفاع
من الغاصب من دون قصد الاحسان ثم قصد الاحسان وتلف من يده في طريق
الوصول يضمن وكذا لو رفع الريح شيئا والقاه في دار شخص يعرف مالكه
فاخذه من دون قصد الاحسان ثم قصد الاحسان فيضمن لو تلف قبل الوصول
الى المالك ولو بالتسبيب بان اعطى صبيا ليوصله وتلف من يده فلو قيل ان الالفاظ
دائر معانيها بما هو الثابت في الواقع والقصد وعدم القصد لا مدخلية له في
معنى اللفظ قلنا ان المعنى المصدري في الالفاظ كما تقول واما معنى اسم الفاعل
فيها ممنوع اذ ربما لا يسند الفعل الى الفاعل الا ان يشعر الفاعل به كالغصب الذي
بمعنى الغاصب حيث اشرنا اليه في اول الكتاب فالاحسان لا يسند الى المحسن الا مع
القصد وان كانا في نفس الفعل واقعا محسن الثاني ان يكون المالك غائبا او غير القاصر
كالمجنون والسفيه والصبي الغير المميز فلو كان حاضرا متفطنا فلا حسن في ارتكابه
فلو ارتكب مع حضوره وتلف بيده ولو بآفة سماوية فهو ضامن الثالث ان لا يتمكن

بتمكن الوصول الى الحاكم الشرعي كما لو كان غريقا او ملقا في النار او في البئر واراد ان
يخرجه شخص قاصد الاحسان تشبث براسه وجره فلتلف راسه فلا يضمن لقاعدة
الاحسان واما لو كان دارا مغصوبة اخذه شخص للاسترداد وقصد الاحسان
عند الاخذ ولم تبلغ يده الى المالك للتسليم وامكنه الوصول الى الحاكم الشرعي وتصرف
فيها من دون اذنه وتلف في الاثناء قبل الوصول فهو ضامن لان السلطان الشرعي
ولي من لا ولي له الرابع ان المحسن ان يقطع بالاحسان في الواقع فلو اخذ
شيئا بزعمه انه احسان على المالك وتلف من يده فهو ضامن كما لو اخذ الحاكم من
الرعية شيئا واطلع على ذلك شخص صديق المالك والسلطان واخذه من الحاكم
للاسترداد مع احتمال ان يغضب الحاكم على الرعية ويأخذ منه بغيره باشد منه الحاج
تلف في يده فهو ضامن الخامس ان يكون محسنا في دفع المضرة لا في جلب المنفعة
فلو كان احد جالسا على دكان شخص غائب حضر مشتري المال وكان اضعاف الربح
في البيع بحيث يقطع غيره لم يشتر به بقيمة ما يريده فلا يجوز له ان يبيعه الاحسان
ولكنا نقول ان كان في البيع اذن الشاهد الحال لا يبعد جوازه لصدق المحسن عليه
فلو تلف لا يضمن نعم لو لم يكن اذن الشاهد الحال من المالك بان يحتمل عنده ان المالك
لو كان حاضرا لم يبع الشيء بهذا الشخص الخاص للعداوة والعناد معه ولو يعطيه
ثمنا ما لا يعطيه غيره فلا اذن من المالك والشارع فيه او اقيم قاطع بان الشارع
لم يأذن المحسنين في جلب المنافع فلا باس في الاخراج ذلك اللهم الا ان يتشبث
برواية على اليد ما اخذت حتى تؤدي في جميع موارد الاحسان بالمنفعة ويدعي ظهور
الاجماع في تخصيص قاعدة الاحسان في دفع المضرة خاصة السادس ان لا يظهر
عدم الرضاء في الفعل من المحسن اليه فلو اراد احد ان يقتل شخصا او واقعه
او من تعلق اليه لمطالبة جزئية والمطلوب منه راض بالقتل ولا يمنع من الاعطاء
لتشهيه او لظاهر حاله فليس لاحد ان يرفع من ماله ويعطي الظالم لكي يستخلصا
فلو فعل شخص فضامن ومنها ان يكون في المتلف حرا وآذن من الشارع
كما فيما دار الامر بين اتلاف النفس واتلاف المال الغير مثلا لو اطلع الطم السفينة في
البحر للثقل وتوقف الاسباب فيه للاستخفاف من مال الناس فهل يجوز اتلاف
المال الغير عند احتمال التلف النفس وعلى فرض الجواز فهل هو واجب وعلى فرض الوجوب

فهل يضمن المتلف ام لا ولا اشكال في وجوب تقديم حفظ النفس عند ارباب العقول
وعند الشارع لما نقطع ذلك من ملاحظة اذنه او رخصه في المخمصة اكل مال الغير
وفي تسليم الوديعة للظالم عند الخوف وفي الزامنا بالتقية وفي ان هو وجب ايجاد
الاموال لحفظ النفوس فلا تشويش في وجوب حفظ النفس ريب وان كان
ما اتلف اكثر من الوجه وما ترى بعض الناس يقدمون قتل النفس عند اخفاء
اخذ جميع اموالهم او قتل النفس حذرا للذلالة وتخفيف الوتتيم عند الناس
للبلد لا وجه له واما الاشكال في الضمان فهو سيدنا دام ظله اختار عدم الضمان
لان اذن الشارع ظاهر في المجانية بناء على ان الشارع مالك المملوك حقيقة
كما انه لو اذن المالك في الاتلاف لا ضمان فيه فكذلك لو اذن الشارع على وجه
الاتلاف نعم لو كان الاتلاف لجلب المنافع بسبب جلب المنفعة لا دفع المضرة يضمن
بما انتفع منه كما لو اكل شيئا عند الاضطرار او اعطى مال الناس الحكيم للطبابة
او اشعل اخشاب الناس للبرد او اتلف بارود من الناس للدفاع ومنها
ان يكون المتلف مغرورا و[illegible] والدليل الغرور وادلة الضرر فالمقام يقتضي الكلام فيها
على ضمان الغرور ويمكن وجوده الاول عدم ظهور الخلاف لكنه ليس دليلا يلازم به الخصم
بل هو دليل اسكاتي الثاني ان ادلة التدليس يثبت ضمان الغرور التقرير اي من كان عالما
مخطأ ما [illegible] به بالقول او بالفعل ليميل المخاطب اليه فريبا ويتعدى بالصورة
الغرور اي بالفرد الذي [illegible] يعلم بالحال كما لو اعتقد بان ما بيده ماله فلما اجاز الغير
بان يأخذه عارية غير مضمونة واخذه وتلف من يده تبين كونه مال الغير والمالك
غاصب المتلف هو يرجع الى الغار ولو اغرم الغاصب فهو يرجع ايضا الى التقرير
لانه متى ثبت مورد في الاحكام الوضعية مع فرض العلم يمكن اثباته في فرض غير العالم
بدليل ان الاحكام الوضعية لا مدخل في تحققها في الخارج بالعلم والجهل فمتى اوجد محكوم
عليه [illegible] تعلق عليه الحكم اجماعا لكن الاستدلال بهما من اجل انفاقي البيع والنكاح و
في مقاماتها التي مطرح العواقف الامر فيها معلوم الى ساير الجهات مشكل نعم لو كانت
منصوص العلة المعتبر لجاز التعدي من محلها الى ساير الجهات وليست كثيرة
بحيث يحصل من استقراء مجموعها حكم كلي بان المنهي عن الغرر لو اغترضامن
الثالث اخبار الضرر فيعمل علم دليل معتدا به غيرها في الخارج موجود فالبحث التوجه
الى الاخبار الضرر والنظر الى صحة [illegible] سندها ذاتا او عرضا بان تكون منجبرة سندها

وهكذا

سندها او دلالتها في الجملة بعمل الاصحاب والنظر الى دلالتها بانها ظاهرة في المطلوب
او مجملة او لا دلالة لها اصلا في ضمان الغار والنظر والفحص عن المعارض الاقوى او
اضعف او مساو لها والنظر الى شروط العمل بها فنقول قد وردت اخبار كثيرة تدل
على نفي الضرر مطابقة او تضمنا او التزاما كاخبار خيار التدليس والمتلف والغاصب والمغبون
بالبيع وغيرها وذكر اثني عشر منها في عوائد ملا احمد بعض تلك الروايات مذكورة
لفظ الضرر والضرار والاضرار فيها نقل عن صاحب مجمع البحرين ذيل رواية الاضرار
كلاما دالا على بطلان لفظ الاضرار يحتمل ان يكون مراده عدم صدور هذا اللفظ في الرواية
بقرينة عدم صدور هذه اللفظة في اللغة لعدم نقله في كتب اهل اللغة كالقاموس
والصحاح والجوهري ولا تطمئن على لو وجدت فيها لعدم وصول ايدينا اياها وكلام الفقهاء
لفظ الاضرار موجود كما ترى انهم ذكروا في خيار الغبن في البيع انه الله ثم لو جهل البيع
لا زماع فيلزم منه اضرار عبده وهو اضرار الغبن بعضهم بعضا او بقرينة فعد اضر عن
الجود اي لا مصدر له كما ليس ببعيد او بقرينة ان لفظ اضر واضرار يتعدى بالباء
وضر بدونه فيقال ضره واضر به والحديث لم يتعدى بالباء فلذا حكم بعدم صحته يدفع
ذلك بان يقال ان غايته متعلقه محذوف وهو امر متداول ولا يوجب جبر عدم وجود
المتعلق عدم الصحة او بقرينة ادى اجتهاده اليه في الاخبار وجد خبر الصحيح لم يذكر
فيه لفظ الاضرار ولا بأس ان يكون مراده ذلك وان المقام وسوغ كلامه على ما تقدم بالخصوص
يرى توجيه الثاني وبعض تلك الاخبار تدل على نفي الاضرار بالعموم وبعضها بالخصوص
كما نقل عن الصادق ع انه قال من اضر بطريق المسلمين فهو له ضامن وهذا الحديث و
ان كان في نفسه لم عموم [illegible] يشمل حفار البئر وسداد الطريق وهدام منابع
انهار المسلمين لكنه لا يشمل خيار الغبن واتلاف الاموال والقصاص وامثال
ذلك وكذا ما نقل عنه ع قال ان الجار كالنفس غير مضار فعموم المنزلة يقتضي تنزيل على
ان الرجل كما لا يجب الضرر الى نفسه من ارتكاب القبايح او تلف الاموال والعفو عن
المالي مات فكذا ينبغي ان لا ينسب القبح على الجار ولا يسبب في اتلاف اموالهم ويحمل
خطائه على المحمل الصحيح ويعفو عنه وغير ذلك لكنه لا تسري عن الجار الى غيره
قد ادعى فخر المحققين على ما نقل عنه تواتر الاخبار الدالة على نفي الضرر وبعضها
معتبر السند وبعضها ضعيف وادعى سيدنا [illegible] دام ظله حصول القطع
بصدور واحد منها من المعصوم بقرينة كثرتها ولكن لا تفيد ذلك لان بعضها عام

الدالة على

عدم تقييده بالاثم

لا على المعنى

بحصول الجزم بصدور

بعضها خاص فلما يحتمل المورود ان يكون خاصا فلا يحصل من ذلك قاعدة كلية سيما
في ابواب الفقه فالاليق ان يقال ان رواية لا ضرر ولا ضرار معمول به الاصحاب
بل غيرهم ايضا فلا باس في ضعف سند الراوية كما في حديث سمرة بن جندب ونحو
النفس واقرار العقلاء على انفسهم جائز في الاقرار والميسور لا يسقط بالمعسور
ونحو ذلك من الاخبار الضعيفة السند معمول به وينقل تقاسير الفرق
بين الضرر والضرار قيل لا فرق بينهما بل الثاني تاكيد للاول وقيل الضرر هو
الاثم والضرار المصدر فيكون منهيا عن الفعل الذي هو المصدر وعن ايصال الضرر
الذي هو الاثم بعبارة اخرى لا تاثم ولا تفعل ما يولد منه الاثم على ذلك
كلاهما يثبتان الحكم التكليفي لكن احدهما يبين حكم المباشر والاخر حكم المسبب الاثم
ولا يدل على الضمان وقيل ان الضرر ما تضر صاحبك وتنتفع انت به والضرار ان
تضره من غير ان تنتفع به وعن بن اثير لا ضرر اي لا يضر الرجل اخاه فينقصه شيئا
من حقه والضرار فعال من الضرر اي لا يجازيه على اضراره بايصال الضرر عليه والضرر فعل الواحد
والضرار فعل الاثنين والضرر ابتداء الفعل والضرار الجزاء عليه لا يخفى عليك انه
حمل الضرار على المجازات بين الاثنين استلزم منه بعد تعلق النهي عليه حرمة
المقاصة ان صدق عليه الضرار عرفا او قوله من الضرار لا يجازي على اضراره
دفع استلزام حرمة المقاصة فلانا في بناء على ذلك قوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا
عليه بمثل ما اعتدى عليكم وفيه تامل والاوجه الى حال الرواية تفسير الثالث
والتحقيق ان لا نقتصر باوهام القاصرين ونطلب الحق من رب العالمين ونقول
لا شبهة في ان لفظي الضرر والضرار مصدران مقتضى القواعد العربية ان
يكون فعل الاول مكسور العين كفرح وفعل الثاني مفتوح العين واله على الاتباع
كيفما مقتضى ذلك ان يكون الاول اضرار النفس والثاني اضرار الغير سواء انتفع
به اولم ينتفع لامتناع النفس عن المجازات ومطالبة الغير اياها فتدبر اذا بات
للتوجيه الماده فالشروع الى توجيه الهيئة الرواية قال بعض الافاضل عند فقه
الرواية انه ليس باقيا على حقيقتها يقينا لوجود الضرر في الاسلام في غاية الكثرة
فوجهها بوجوه حذرا من اللغوية الاول ان يكون المراد من النفي النهي ومنشأ هذا
عن البدخشي على ما نقل عنه فالتاويل لا ترتكبوا الضرر والضرار في النفس والعرض
والمال ويرد عليه مضافا عن الاضمار وخلاف الظاهر من لان الفقهاء يتمسكون

بالرواية في موارد التي لا نهي فيها كما في اثبات الخيار المعيب اذ لم يرد
من الشارع حرمة البيع المعيب سيما مع جهل البايع بالبيع فبعد البيع لا يتعلق النهي
اليه وفقه الفقهاء دليل على ان اللام للنفي كما هو الظاهر الثاني ان يبقى النفي
بحاله ويقيد بلا جبران فالتاويل لم يجوز الضرر والضرار بلا جبران فكلما رخص فيه الشارع
من اقسام الضرر كالمقاصة والغرامة عن الغاصب والقصاص والدية ونحوها فهو
مع الجبران ~~لا يستطيع ...~~
جبرانه وهذا القيد لا يفهم من الرواية عرفا الثالث ان يبقى النفي بحاله ويكون
متعلقا على وصف مقدر ويكون تاويله لا ضرر ولا ضرار ماذون فيه او مشروعا
او مجوزا في دين الله كما في لا رجل عالما في الدار اذ لا ينافي وجود الرجل غير العالم في
الدار الرابع ان يبقى الرواية على مقتضى حالها حقيقا وتقدر خبرا كما في لا بأس
ويقال ان الضرر الجبران ليس بضرر حقيقة او ادعاء كما يدعي به جماعة اذ تغريم الغاصب
مثل ما غصبه كيلا ثم كيلا ليس ضررا وهكذا في بعض المقامات التي اخرج بالدليل
لا يوجب تخصيص الاكثر فالتاويل لا ضرر ولا ضرار موجودا او كائنا او حاصلا
او ثابتا في الاسلام وعلى فرض صحة ورود لفظ في الاسلام في الرواية كما في بعض النسخ
لا يحتاج الى التقدير اذ ظرف المستقر متعلق احد افعال العموم لا ذما على مذهب
اهل العربية وهذا اوجه الوجوه لفهم العرف والاقلية التخصيص فيه وابقاء لفظ
الحديث على ظاهره بمعنى بقائه على استفاده عموم نفي الجنس وحذف المتعلق مشتملة
على ضرر العقل والنفس والعرض والدين والمال وما خرج بالدليل اقل من الباقي كالديات
والقصاص على عقاد ب[illegible] القاتل والضمان الاتلاف التي ينتفع فيه المتلف ونحوها عرفا
ضرر يخرج بالدليل كما اخرج من اوفوا بالعقود مع بقائه على العموم مطرد فلو قيل ابقاء
اللفظ على ظاهره تلزم الكذب بالاخراج المنقطع حذرا من ذلك لا بد ان يؤول
الى الانشاء الذي لا يضر فيه الاستثناء المنفصل اذ يمكن ان يقال اكرم القوم
فبعد مضي مدة يقال لا تكرم زيدا مع بقاء الوقت الجواب عنه اولا نمنع استلزام
الكذب اذ يمكن ان يكون بيان احكام الخاصة المخرجة اسبق من بيان العام فلا كذب
فيه على ديدنك وثانيا ان الفقهاء والمعاندين لم يطعنوا بالاخبار المخصصة من
هذه الجهة وثالثا لو سلمنا هذه القاعدة جارية في العرف نمنع جريانه في
الشرع لان الاخبار الشرعية التي مبين الاحكام الواقعية التكليفية او الوضعية نؤل

في الاغراض الي الانشا فلا بأس في الاخبار ورابعها انه لو اخبر الشتر جاء الحجاج ثم سئل عن احدهم قال لم يجي لا يصدق عليه الكذب بل الصدق فلو قيل توجيهات المذبور تثبت احكام التكليفيه فلا تدل علي الحكم الوضعي اي الضمان فنقول اولا انا لم ندعي بما ادعي بعض بان التحريم مستلزم للضمان حتي يرد علينا بان بعض الموارد التحريم حاصل ولم يكن ضمان كما لو منع احد عن بيع ماله الي ان نقص قيمته او لم يبق له قيمة كما لو منع الثلاج عن بيع ثلجه في الصيف الي ان جاء الشتا بل ندعي ان الروايه عرفا تفيد الضمان وثانيا ان الروايات الداله علي ضمان الغاصب والمتلف والمدلس وبعض الاحاديث المقام كقوله من اضر بطريق المسلمين فهو له ضامن تفيد قاعدة كلية مسالة داله علي ضمان الاضرار ولو بالغرور الا ما استثنيه انشاء الله موارد ما اخرجه الدليل وقدم الاشاره الي بعضها وثالثا تعليل الروايه والحق البهيمه انه ضامن لانه افسدها هذا مزاد تفيد عموم التعليل بنفسه ضمان كل مضار وهو قابل ان يجعل دليلا مستقلا في ضمان الضار ورابعها انه اذا ثبت حكم التكليفي بالروايه فلا باس ان نثبت حكم الوضعي بقوله تعالى من اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم الذي استدل به الفقها في باب القصاص وخامسها ان بقاء النظم العالم موقوف علي ضمان الضار اذ بارع الغفار من باب اللطف امر باحراس العقل والنفس والعرض والدين والمال لمصلحة العباد بقوله حرمت عليكم الخمر الخ ولا تقتلوا النفس التي حرم الله ولا تلقوا بايديكم الي التهلكة ومن قتل مومنا متعمدا فجزاؤه جهنم ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة الي حرمت عليكم امهاتكم الايه وجاهدوا في سبيل الله الايه ولا تاكلوا اموال الناس بالباطل فلما كان بعض الناس لم يبالوا بالوعد والوعيد ارسل الله احكام الوضعية فيها لانضباطها بجعله تعالى حد الشارب الخمر وقاتل النفس وهاتك العرض ومبدل الدين ومتلف اموال الغير فحال الشرع مقتضية علي ضمان الضار بقوة العاقل وسادسها علاج نفي الضرر في الاسلام في موارد الضرر لاي دفع الضرر لا يمكن الا بالضمان والتضمين فالروايه من باب الالتزام تدل علي الضمان فلو قيل ان غاية ما في الباب ان الروايه من باب الالتزام دل علي بطلان الضرر الضرار يمكن دفع الضرر بانه يعطي المتلف من بيت المال او يجازيه الله في الاخرة او في الدنيا فما الدليل علي لزوم اجبار الضار والمباشر والمسبب للتلف وغيرها بالجبر فلنا اولا ان مال بيت المال اولا لا يستوفي اضرارات الناس بالغصب والتلف والتسبيب والدين وغيرها وثانيا ان اموال البيت الشرع مجعولة لمصالح كافة الناس المحتاجة اليه واعطاؤه تضرر بها من غير قادر علي التضرر حتي يقوم ضرر علي المسلمين منفي بالروايه مع ان هذه الدعوى لم يصدر من احد الفقهاء وان تاجيل المضرور المحتاج الي الاخرة ضرر ولا يرضى به العباد منفي بالروايه مع ان هذه الدعوى لم يصدر من احد الفقهاء مع ان قيمة المتلف لا ينفع المضرور في المعاد اللهم الا ان يعطي حسنات الضار المضرور بمقاصته في الاخرة وان اعطائه في الدنيا اما بسبب الغير العادي فهو خلاف الوجدان واما بالسبب العادي فيلزم طول زمان والتاخير ضرر المحتاج بل للغني مسلم ومن الغارس صلي بعد بهز حلوا او نسيه اسبت مع انه لو مات قبل الاكتساب يلزم الضرر عليه وهو منفي بالروايه فتعين ضمان الضار ثم اعلم انه لا يستفاد من الروايه الا نفي الضرار في الجملة بمعنى ان من اثبات رد العين او المثل او القيمة او الارش او الخيار الفسخ او القصاص او الديه فورا او مستقرا فالفقيه ان يلاحظ المقامات ويقتفي علي اثارها منها انه لا يصدق لفظ الضرر عليه عرفا كحبة الحنطة وخيط الخياطة فلا ضمان فيها ومنها انه لم يرض صاحبها علي الضار عقوبة ومنها ان لا ينصرف الاضرار اليه كحبس الحر ومنعه عن الصنعة او منعه عن التصرف في امواله كالدار والدابة والالات الخارجية ومنعه عن مالكه الي ان نقص قيمته لا اصليه او لم يبق له قيمة او غصب شيئا ثم رده من غير تغيير في عينه ووصفه مع تنزل قيمته السوقية او الدافع المتلف او تسبب او امر بالاتلاف من اختياره ثم ندم بذلك فكسانقه لا ضمان فيه ولا عقاب ايضا فيما يتوجه التلف الي المالك ومنها ان يكون المقصر عنه من الموقوفات العامة كالمسجد والطريق والمشرعة ففيه حكم تكليفي دون الوضعي ايضا ومنها انه يخرج المال عن المالية كالوارد عبد المغصوب مالكه او انتقل المال الي الضار بارث او هبة ونحوها لا ضمان هنا ايضا ومنها ان يكون المتلف ماموريا بيده او ضعيفا مع اكرهها او مجنونا او ماذونا به الشارع او مغرورا لما تقدم لا ضمان عليه ومنها ضرر النفس او اطرافها او العرض او الدين فيترتب عليه احكام الحدود والقصاص والديات فهذا خارج عن المقام ومنها

ضرر المالي وحقوقه يكون كالغصب والتلف والتسبيب وما استلزم الضرر في الاسلام
وهنا محل ثمرة الكلام وما استلزم نفي الضرر اثبات بعض الخيارات الغير المنصوصة
كخيار الغبن كما قال بعض الفقهاء ان خبر نفي الضرر مستند خيار الغبن اذ لا نص فيه
خصوصا انه حتى يحمل على اطلاقه عند الشك لا على عموم اوفوا بالعقود لا خصوصيته فان
امكن الجمع بين قاعدة اوفوا بالعقود وبين ادلة نفي الاضرار مقتضى الاحتياط
الجمع كما في خيار الغبن فيحكم بالارش وصحة العقد فهل لزوم الارش تضمين او تضمن
مقتضى الاصل ان يكون تضمينا اذ قبل المطالبة الارش هو كان متزلزلا بين
ان يطالب به وان يتجاوز عنه المغبون فاصالة البراءة ذمة المغبون عليه
حاكمة بعدم الضمان بل التضمين ولا ينافي قاعدة اوفوا بالعقود الحكم باستمرار
الخيار الارش بعد ثبوته بقاعدة نفي الضرر بالاستصحاب عند الشك في ارتفاعه
فح ينافي قاعدة اوفوا بالعقود خيار فسخ عيوب النكاح اذ عند اطلاع الناكح
بالعيب اقتضى خبر نفي الضرر خيار الاستدامة او الفسخ واية اوفوا بالعقود لزوم العقد
ولا ارش هنا حتى يحكم به فان اختار الفسخ فهو والا لزم العقد فلو قيل
ان قاعدة اوفوا بالعقود حكم اولا بلزوم النكاح بحسب الظاهر ثم لما علم
الناكح بالعيب المنكوحة ارتفع حكم اوفوا بالعقود وثبت الخيار بقاعدة
الضرر فبعد ذلك لو شك في ارتفاعه لم يتبقيه بالاستصحاب قلنا لزوم
اوفوا بالعقود كان معلقا على عدم تحقق العيب فاذا تحقق علم العيب عند
الناكح وعقيبه لقاعدة الضرر فهو والا ففي زمان الثاني جواز بطلان العقد
مشكوك وقدر المتيقن في لزوم دفع الضرر هو الفسخ والاعراض في اول
الاعلام واجراءه بعد ذلك لاقدام على الضرر مشكوك فمقتضى عموم اوفوا بالعقود
لزوم العقد وعدم استمرار الخيار اذ مع وجود الدليل لا يجري الاستصحاب
فان لم يمكن الجمع بين القاعدتين كما في خيار العيب لاختلاف اغراض الناس
اذ يمكن قد يكون شان المشتري انه لا يستعمل شيء المعيب ولا يمكنه بيعه فمع اعطائه
الارش اضرار عظيم عليه فنفي الجبر لنفي الاضرار فح يجب اما ان نعمل بمقتضى اوفوا
بالعقود واما بمقتضى نفي الضرر ودلالة الثاني تجري في المقام ودلالة
الاول تعليقي ولو بالاحتمال فيقدم الاول في زمان الاول ثم لو استقدم على
العيب ولم يفسخ انقطع مقتضى دفع الضرر فحكم اوفوا بالعقود بلزوم العقد

بلزوم العقد وعدم استمرار الخيار لما مر في فسخ النكاح وكما في خيار تبعيض
الصفقة بمعنى لو اشترى احد سلعتين فتستحق احدهما فقاعدة الضرر حاكمة
بان المشتري مخير بين الفسخ والزام البعض بقسطها من الثمن نعم لو كان احدى
السلعتين معيب وكانا مال واحد فمقتضى دليل الاضرار ان المشتري مخير بين
الفسخ والزام الكل لا البعض اذ الزام البعض موجب الضرر على البايع منفي بالنص
ثم انه اذا تعارض الضرران فيما اما راجع الى النفس او الى الغير او احدهما
الى النفس والاخر الى الغير فعلى الاول اما متساويان في الرتبة بان يكونا نفسيين
كمن دار امره في التوقف والسير في طريق يقطع او يظن او يحتمل عنده فيهما قتل او عرضيين
او ماليين او متعاديين او في الشدة والضعف بان لا يكون احدهما قتل النفس
والاخر قطع الاطراف في النفسيين وهكذا غيره واما متساويان في الرتبة دون القوة
والضعف واما متساويان في القوه والضعف دون الرتبة كمن دار امره ان يحلق باحشاء
خفيفه او يزيد عليه فحاشا في المال مثلا واما مختلفان في الرتبة والقوة وعلى التقادير
اما متساويان في الاعتقاد اي في العلم والظن والاحتمال واما مختلفان فان كان
في الثاني ارتكاب احدهما اخف ضررا او اقل محذورا قدم على الاخر والا فالتخيير لو كانا
متساويين في الرتبة والقوه والاعتقاد وعلى الثالث لم نجد ضابطة واردة
لهم من القوم فالبحث الفحص في موارد فتاويهم فان توافق ذهابهم في المقامات
فناخذه ضابطة ما ثم في المقامات التعارض المشكوكة الحكم والا نعرض
ضابطة مثمرة في جميع المقامات مطابقة للقاعدة فالنذكر امثلة منها انه
لو باع احد اشجار البستان دون الاثمار الثابتة فيها او بالعكس وكان السقي
نافعا لاحدهما ومضرا للاخر حكموا بتقديم ضرر البايع مطلقا لاجل ان البايع
تكمل عند البيع بتضرر نفسه واستقدم عليه ويكون هذا شرط ضمني عرفا
ويجب العمل على مقتضاه كالشرط الصريح عند الفقهاء مقتضى ذلك لو باع اولا
الاصول على شخص وثانيا الفروع على الاخر فعند تعارض الضررين يستقدم استقرار
المشتري الثاني مطلقا لان من اشترى منه لم يكن له خيار الامتناع عن السقي النافع
للمشتري الاول فكل من قام مقامه ونزل منزلته واما لو تقارن وعدم
بيع الاصل والفرع بشخصين فورا بصيغة واحدة او متعددة صادرة عنه
فهل يستحق حكم تعارض الضرر في السقي والعدم منا مطلبنا الاتيه
ومنها انه لو مال فرع شجرة شخص الى ملك الغير حكموا بانه ان امكن استعطافها

الى ملك صاحبها فهو والا يطلب المالك من صاحب الشجرة قطع المشرف عليه ان لم
تراضيا بالاجرة فان لم يسمع دعواه صاحب الشجرة فله ان يقطع فرع المشرف
عليه سواء تموت الشجرة به كالقتل اولا كالسرقة فلعل وجه جواز الاضرار
انه يجب على من له الشجرة انتزاع ماله عن ملك الغير عند عدم رضائه في المقام
فان لم يسمع اذن الشارع للمالك اخراج مال الغير عن ملكه باي نحو كان ولا
ضمان في اذن الشارع كاذن المالك للمامور ومنها انه لو اراد شخص ان يحفر
في داره بئرا او بالوعة يستضر به الجار حكموا بجواز الحفر بلا ضمان فلعله
لاجل ان قوله الناس مسلطون على اموالهم معارض بقوله ان الجار كالنفس غير
مضار وبعد التكافؤ والتساقط تبقى اصالة الجواز سليمة عن المعارض او
الاصل معارض لرواية الضرر ويبقى عموم التسلط المالك على ملكه سليما عن
المعارض ومنها انه لو ارتكب عشرة رجال في قتل شخص بان دفعوه ورموه
في البئر او نزلوا عليه شيئا في دفعة حكموا بالسلطنة لولي الدم ان يقتل العشرة
ويؤدي تسع ديات تقسم بالسوية بين ورثتهم اذ لو الزموا هنا الدية
دون القتل لما حفظ نفوس الناس لكن يمكن لهم ان يحكموا بانه للولي الدم ان
يختار قتل احدهم ويؤدي الباقون تسع الدية لذلك الولي ثم قولهم ومن
قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف في القتل وقولهم النفس بالنفس
يقتضي ما حكموا به ثم ومنها انه لو ترتب او وقع دابة في دار لم يمكن اخراجها
الا بهدم بعض جدار الدار حكموا بان يهدم الدار ويخرج الدابة ويؤدي مالك
الدابة ما اضره ومشيهم هنا مخالف لما مشوا في المثال الثاني على الاطلاق
مع عدم ظهور الفارق وعدم وجود نص خاص فيهما فمقتضى هذا المشي انه لو
وقع هميان او درهم في محبرة او منفذ ريح البيت او في تنكرة لا يمكن اخراجه
الا باضرار الدار يعين الهدم ودفع مقدار الاضرار على المضر ولا يحصل
من كلامهم ضابطة كلية تنفع بها فيما لو بلع دابة او دجاجة فصا او لؤلؤة
او عقيق لا يمكن الوصول اليهما الا باضرار الغير اي بقتل دابة او دجاجة
الغير وكذا لو وقع في رحلة بشيئا لا يمكن اخراجه الا بكسرها وامثلة الفرضية
والمستقرة في متشتتات ابواب الفقه في غاية الكثرة والضابطة
الكلية فيها انه اذا تعارض الضرران وكان مرجعهما هنا
الى شخصين فان كان مرجح شرعي في احد الطرفين كما في الامثلة الاول

الاول فهو معين والا فان دل دليل على تقديم ضرر احدهما المعين مع ضمان
الضار مقدار ما تضرر الغير فهو والا فان رضي احدهما باخذ قيمة ما يضره
والاخر بالجبران فهو وان امتنعا عن الجبران واخذ القيمة ما يضربهما فان
كان احد الضررين اهم او اعظم من الاخر في العرف فيقدم ضرر الاخف واوهن
ويضمن الضار ما اضر به كما لو بلع دجاجة كوهرا اجاز للكوهري ان يذبح
الدجاجة ويؤدي قيمتها الى مالكها وان تساوى قيمتهما او كان التقريب
التفاوت عرفا فالقرعة لكل امر مشكل فبعد التعيين الضار بالقرعة واضراره يوجب ضمان لرواية نفي الضرر فتلك الضابطة ان جاء
المرتبة الاولى والثانية واضح وكذا حال المرتبة الثالثة لتحقق التراضي بين المالكين
واما حكم الرابع لوجود المرجح حقيقة او شانا لكن الوامر جابر باحدا بقتل غيره
او عرض غيره بحيث يبرز على محارم او محارم زيد والا القتل فادلة التقية
حاكمة بوجوب ارتكاب احدهما من تعيين بناء العقلاء على اخفية ارتكاب هتك
عرض الغير بحكم ان يبين لزلل بخلاف ما لو امره بان يعطيه من مال اجنبي عشرة
دراهم او من نفسه مبلغ المذكور او اقل يتعين اضرار نفسه لان الادام
من قبيل النفس جائز واستحسان عرفا وامر الادام من قبل الاجنبي دائر بين الجواز
والحرمة مقتضى الاحتياط عدم الجواز هذا يبين حكم التكليفي وخبر الغصب يبين
حكم الوضعي اي الضمان اذ قد دل الخبر منه صورة الاكراه في التعيين لا الاكراه او
الاكراه مع التخيير في اخذ مال الاجنبيين واما صورة الاكراه مع التخيير بان يعطي من
نفسه او من غيره مشكول مقتضى الخبر لزوم الضمان ثم لو اجبره بان يعطي
اما من نفسه خمسة عشر درهما او من الاجنبي عشرة دراهم فالجمع مقتضى الجمع بين
ما ذكر ونفي الضرر ان ياخذ من الاجنبي مبلغ المذكور ويسلم الى الجابر
ثم من نفسه الاحتكام ان يادي مقدار ما اخذ ويبقى في كيسه خمسة دراهم
يمكن وجه ترجيح القوم في المثال الخامس من الامثلة الخمسة المذكورة هو ظاهر واما
حكم الخامس اي لزوم تعيين المرجح بالقرعة لانه من موارد المشكل المجمع لما وقع
عليه القرعة اما هو في الواقع معين كما ثبت القرعة او هو احد افراد التخيير
بحسب الظاهر مع الزام احدهما بالضرر دون الاخر فالترجيح بلا مرجح بل
تعيين بلا دليل حذرا من ذلك يلزم التنصيف لاضرارهما اذا كان الامر بالضرر

وارد عليهما كما لو امر الجائر ان ياخذ من دار دابة وكان الدار مشتركا بين الشريكين
وتنازعا في شرائها او اعطائها فحيث اعتنى الشرع فهو تعين احدهما بالقرعة وجبر
الاخر بالنصف وكلو امر عليهما بالمال بان قال خذوا من هذه الدار عشرة دراهم وكان
الدار مشتركا فلا حاجة الى القرعة واما لو لم يكن احدهما ملزما بالضرر كما لو لو بلع
ثور حمارا او دجاجة فضة او وقع في زجاجة درهما وكان قيمة الحيوان والفضة
والدرهم مساوي القيمة الثور والدجاجة والزجاجة فلا سلطنة لمالك الحيوانات
على الثور فلو ذبحه لضمن كل قيمته ولا حاجة الى القرعة وهكذا غيره فتدبر
بعد ما اطلعت على قواعد شريفة واساس لطيفة مستحكمة فالشروع في ذكر فروع
جرى عادة القوم بذكرها في الباب وهاهنا فروع الاول انه لو ارسل ماء في ملكه
واغرق مال غيره او اجج نارا فيه فسرى الى غيره فاحرقه وكذا امثال ذلك مما يمكن الضرر على
الجار منه فان كان الفاعل الفعل في ملكه مقدار ما يحتاج به ولم يعلم ولا يظن انه موجب
لضرر الجار فلا يظهر خلاف في عدم لزوم الضمان لو اضر الجار به وكذا لا خلاف في لزوم الضمان
فيما لو اجتمع الشرطين اي يتجاوز فعله عن قدر الحاجة مع علمه باضرار الغير لكونه كاشفا
عن العناد الموجب للضمان واما لو تحقق احد الشرطين المذكورين اوهما مع عدم العلم
بحصول الضرر على الجار ففيه اقوال فعن المحقق في الشرايع ان الضمان موقوف على تحقق
الشرطين معا اي يتجاوز قدر الحاجة مع العلم او غلبة ظنه بان ذلك موجب للتعدي
الى الاضرار وليس في غلبة الظن ميزانا مشخصا فكيف يمكن جعلها مجوزا امارة الحكم يمكن
ان يكون الاضافة بيانية لجواز الاستصحاب به كما تقدم حديث الا ان القرينة المقابلة يجعل
الكلام الى ان يكون الاضافة ظرفية كمكر الليل فيراد من غلبة الظن الظن القوي الذي يتاخم الى
العلم ويمكن ان يكون المراد غلبة في حصول الظن عادية نوعية بناء على قلة تحقق الشرط
عند تحقق النوع وان لم يكن للفاعل ظن فعلي بحصول الضرر على الغير من فعله هذا بعيد عن
مذهبه حيث لم يحكم بالضمان الا بعد التجاوز عن مقدار الحاجة مع الظن باضرار
الغير وهو الحق لقوله ع الناس مسلطون على اموالهم وللاصل لا لقضية سمرة بن
جندب حيث علم النبي ص ان غرضه العناد والتعدي والاضرار على الغير امر ص بقلع عذقه
هدرا بلا ضمان فيستفاد منه جواز اضرار المعاند اللهم الا ان يقال ان مورده
فيما دار الامر بين الضرر المالي والعرضي ان الشارع قدم الثاني لاهميته فلا دلالة فيه على الضرر
المالي لكن لا يبعد استفادة ما ذكر من تعليل قوله فانه لا ضرر ولا ضرار في ذيل الرواية

الرواية وعن ظاهر الشهيد في اللمعة ان عدم الضمان مشروط بفقدان الشرطين اي عدم
الزيادة عن الحاجة وعدم ظهور سبب التعدي كالريح فمتى انتفى احدهما ضمن اذ قوله
فلا ضمان ان لم يزد في الفعل عن قدر الحاجة ولم يكن الريح تفيد ان الزائد عن قدر الحاجة
يضمن به وان لم يقترن بظن التعدي وكذا مع عصف الريح وان اقتصر على حاجته
لكونه مظنة للتعدي ويشعر كلامه لزوم الضمان بمجرد تحقق الظن النوعي اي وان لم يكن للشخص
ظن بذلك كما يؤيد ذلك بعض فتاويه حيث اعتبر في الضمان تحقق احد الامور الثلاثة مجاوزة
الحاجة او عصف الريح او غلبة الظن بالتعدي وعن الدروس تحقق الضمان عند تجاوز
عن قدر الحاجة ولو العلم بالتعدي ولم يكتف بالظن ولا الظن الشاني كعصف الهوى حتى علم
ولو لم يظن ولم يكن هواء ولم يزد عن الحاجة حكم بالضمان مقتضى ذلك لو تجاوز عن حاجته وظن
بالتعدي لا يضمن وهذا بعيد عن السداد لما مر من المفاد هذا فيما يتعدى ما ارتكبه في
ملكه بملك الغير الموجب للضرر واما فيما لم يتعدى ويكون سببا لاضرار الجار فالسيد
الاستاد دام ظله توقف في لزوم الضمان في محل الدرس لقوله الناس مسلطون على اموالهم
وما يقوى في النظر في ذلك انه لو لم يكن ارتكابه لحاجة بل لمجرد عناد ولجاج مع العلم بانه
من فعله تولد ضرر على الجار لقوله ص الجار كالنفس غير مضار الثاني لو القى حيوانا
سبعا او كان انسانا في مقام المؤذيات كالسبع والافعى والاجدل ونحوها ضعيفا عن
الآفات بالفرار والدفاع بالقرون والاحراب سواء كان انسانا كالصبي الغير المميز والمرفوع
والمجنون والمجنون والزمن والمربوط الرجلين والمطعون السن بلغ رتبة الصغير
ام كان من غير الدواب والوحوش كالشاة والدجاجة والبغلة وامثال ذلك
فالملقي ضامن عند الاتلاف بالتسبيب الثالث انه لو غصب شاة فمات ولدها
او سرق دابة وتلف حملها في شكل ابتلاعها او غصب كديس النمل فتبعه النمل
وتلف في الاثناء او حبس مالك الماشية عن حراستها فاتفق تلفها فالمحقق تردد
في الضمان اما لاجل عدم صدق الغصب والمباشرة في المتبوع فيندفع بان اسباب الضمان
لا تنحصر بهما بل من اسبابها التسبيب بالاجماع فيجب عليه الضمان واما لاجل التشكيك
في السبب القريب كالملقي في النار والبحار والبيان والبعيد كالسباق والحداد
الناس الحاضر نحو السبب للتلف وكذا لو سرق مال من اراد ان يجري قناة او بيرا دا
فبسببه انعدم عمله الافلاس فان كان لاجل ذلك فمقتضى الاصل عدم الضمان

فلا وجه للترديد الرابع لو فتق قيدا او بابا او قفصا عن مجنون فاباق وعن دابة
فشردت وعن طير فطار فعليه الضمان للتسبيب الا اذا مات المذكور بعد الفتق بحتف
الانف اذ لا ينسب التلف به فلو لم يفتق المذكور لاصابه الموت بالفرض فلا ضمان عليه وكذا
لو علم المالك بالفتق قبل تحركها عن مقامها وامكنه حفظها وعلم بانه لو لم يحفظها لشردت
وتلفت ومكث الى ان تلفت فلا ضمان للاصل وبناء العقلاء ولعل القائل بالتفصيل فيما فتح
قفص فطار الطير منه مبادرا او بعد مكث حكم بالضمان في الاول دون الثاني دليله ما ذكر
وهذا القول عن اهله بعضهم وافق القوم بالضمان مط وبعضهم بعدم الضمان مط والحق
هو ما ذكرنا والقدر المتيقن من الاجماع على الضمان هو غير ما اخرجناه الخامس
انه لو فتح بابا على مال او قيدا عن عبد عاقل فسرق المال او اباق العبد وكذا لو دل السارق
على مال فسرقه ففيها اجتماع السبب والمباشر والثاني اقوى فلا ضمان على الاول ومقتضى
ذلك لو فتح الباب فجنح مال قد دل السارق على المخزون فلا ضمان عليه الا عند من يجوز الضمان
على السبب عند اجتماعه مع المباشر كما عن الاباقر وميل صاحب الرياض والمحقق فيما
لو فتح راس ظرف الدهن فقلبته الريح او ذاب بالشمس تردد في كونه من
هذا الباب او من باب ما سبق والحق انه ليس من مورد اجتماع السبب والمباشر
فيجري عليه حكم التسبيب السادس يجب رد المغصوب ما دام باقيا للاجماع محققا ومنقولا والنصوص
العقلية ولقوة العاقلة اذ عدم الرد ظلم وهو قبيح ومذموم ووجوبه فوري للاجماع
المنقول وعدم ظهور الخلاف ولان التاخير ضرر على المالك منفي بالنص ودائرة فوريته
اضيق من دائرة رد الوديعة لان فوريتها محمولة على العرف يعني لو طولب الودعي رد
المال لم يجب عليه السرعة فلو كان عريانا او محتشما او مبعدا عن المال جاز له المكث الى
ان يلبس لباسه وان يسبغ كفيه ويمشي متعارفا في طريق الايصال واما في رد مال
المغصوب يجب عليه السرعة والسر في ذلك انه في الغصب استخلاص النفس عن الذنب
وفي الوديعة قبل ان يعلم بمطلوبية الرد لا حرمة في الفورية العرفي لا يضر بحاله ثم
انه لا شبهة في ان قبض مال الناس عدوانا حرام وكذا التصرفات المتفرع عليه وانما الاشكال
في تصرف الرد وما يتوقف به حفظه ما لم يتمكن الرد عن التلف والاذى والسرقة فان
توقف حفظها بالصندوق او الاصطبل او المراح او اللبس او الفرش او الركوب والفرس
كالفرس اذا اريد اخذه ان يسرقه عن الغاصب فاذا وصل توقف الوصول بالركب والغير ونحو ذلك

ذلك فهو من مقدمات الرد حكمه كحكم الرد فهل تصرف الرد حرام ام لا فعن العلامة في القواعد
على ما نقل ان كل تصرف في المغصوب حرام الا الرد ولو الحق به وما يستلزم الرد به لتشمل
ما ذكر لكان اولى ان تجوزها او لا تجوز دفعناها عليه ثم ومرجع هذا النزاع الى ان الامتناع
بالاختيار ينافي الاختيار ام لا ينافي الاختيار خطابا او عقابا او فقط فمن تصرف في ملك
الغير عدوانا وتوقف تخلص نفسه بتصرف آخر فهل تصرف الثاني منهي كالاول فيتوجه
عليه الامر بالتخلص والنهي عن التصرف ام لا يتوجه النهي عليه لقبح تكليف ما لا يطاق
مع لكن يبقى اثر النهي اي المؤاخذة عن التصرف كما ذهب اليه الاستاد دام ظله واستدل
متمسكا بانه لو نهى المولى عبده ان يرمي نفسه عن المنارة وهو يسعد الداهية هوى
نفسه عنها يقبح على المولى انه يامره بامساك النفس في الهوى او نهاه عن الوقوع
ولا يقبح عقابه ويقتضي كلام العلامة عدم العقاب ايضا لعل مطلق نظره ومدركه
ان خطاب النهي لا يتصرف في هذه الحالة او يقبح الخطاب على وزان الاسناد الى هذا
ترك المنهي عنه وتوجه عليه الامر بالخروج عرفا والاثر اي العقاب فرع بقاء المؤثر
اي النهي فاذا تحقق عدم بقاء المؤثر فلا يجوز استصحاب اثرها ولذا اشترطوا
في الاستصحاب العلم ببقاء الموضوع فلو شك في بقاء الشمس في سطح الارض لا يجوز
استصحاب بقاء طلوعها فضلا عن القطع بعدم بقائها فيها والمشهور على الاول
ولذا قالوا ان الكفار معاقبون على ترك الفروع وان الجاهل المقصر بالعبادات
معاقب وجوزوا التكليف بما لا يطاق في هذا المحل وحملوا مفهوم قولهم ربنا لا
تحملنا ما لا طاقة لنا في هذا المحل والحق مع العلامة في المحل ومع المشهور في
المسئلة اما الاول انا نرى وجداننا لو قال المولى عبده لا تمش في الارض الفلانية
وتعدى العبد في دخولها فيها ثم ندم واراد الخروج فالعبد لا يعد نفسه منهيا
عن الخروج ولا يلام على الخروج ولا يعاتبه المولى للخروج فمقتضى ذلك لا عقاب
في تصرف الرد لعدم انصراف النهي عرفا وانصراف الامر بالرد بلا اشكال واما
الثاني اي جواز الامر والنهي بما لا يطاق فيما اوجبها المكلف على نفسه باختياره كما
لو امر المولى عبده بالحج في وقت امكنه ان يتداركه وهو ترك مقدماته الى
يوم العرفة فلا يبعد استدامة الامر بالحج الثابت قبل الضيق فبعد مضي العرفة
يعاقب على ترك المامور به في حالة الضيق ولا نقول ان الامر في حالة النهي ما تمكن
توجه الى صدر من الامر حتى يرد علينا قبح صدوره في هذا المحل وكذا المستتيم

النهي الصادر حال السعة والقدرة الى حالة عدم التمكن في امثال الاستاد وبالجملة ان
الامتناع [illegible] لا ينافي استدامة الامر او النهي صادره حال الاختيار وتفصيل
هذه المسئلة تجده في الاصول فالنرجع الى ما كنا فيه ونقول يجب
رد المال الى مالكه عند عدم رضاء المالك بالبقاء سواء كان مالكه حال الرد هو الذي
اخذ من يده ام غيره ممن اخذ منه كوارثه ام وليه وقيمه ام وكيله ام ما انتقل
اليه بعقد واستثنا عدم ظهور الخلاف واجماعات المنقوله صوره ما لو مزج
الغاصب ماله بمال غيره بحيث يعسر او لم يتمكن تميزه وسلم وديعة الى شخص يعلم ان
هميان الدرهم بعضه مغصوب من فلان يجب رده الى الغاصب كما ذكر في الوديعة
فلو تعدد الايادي الغاصبين على مال فطالبه المالك غاصب الاول فهل
يجوز لمن عنده ان يسلمه الى من يريد ان يوصله الى المالك وعلى فرض الجواز
لو تلف في طريق الوصول فهو ضامن او مبرء ذمته وجوه اما الاول
فالحق جوازه اذ يسلم لمن يطمئن به في الايصال وكالة عنه واما الثاني فالحق
بقاء ذمة من كان المال عنده الى ان يوصل المال الى مالكه لو لم يتلف كالوكيل
والا فعليه الغرم ثم انه لا ريب في وجوب رد العين ان كانت باقية وان
لم تكن باقية حتى اثرها يجب المثل او القيمة وحكم الانتقال والانقلاب وتغير
الوصف سيظهر انشاء الله واما صوره خروج العين عن المملكية عرفا مع بقاء اثر ما
منها كما لو توضي احد من ماء مغصوب قبل ان يمسح راسه عالما بمغصوبيته
وكذا لو جعل احد في فمه لقمة وليسقه فالملتق عرفا خرج من المالية وكذا
لو اغتسل ثوب من ماء مغصوب وبلله كان باق فهل هذا الاثر مما لم يخرج
عن استحقاق المالك عليه وان اعطي المثل او المماثل كما في حيلولة العين
باخذ المثل او القيمة مع عدم خروج المحال العين من ملكية المالك فلا يجوز الانتفاع
بهذا الاثر الباقية بان يمسح راسه ورجليه ببلل الباقية ويبلع اللقمة ويصلي
مع ثوب المبلول في المفروض ام هذا الاثر مما لا يتمول عرفا فيخرج عن استحقاق
المالك عليه ويتعلق الضمان المثل او المماثل في رقبة الضار كالوضوء الباقية
بعد الغسل ام التفصيل بين ما امكن رد الاثر الى صاحبه كالريق الممتزج بالعسل و
اللقمة الملصقة وبين ما لا يمكن كالبلل اليد او الثوب في المفروضين وجوه
اوجهها الاخير اما الرد لانه وصول الشيء الى صاحبه ولا وجه في جواز

في جواز الانتفاع لغير المالك به فان لم يتمول ولم يكن مختار [illegible] فللمالك ان
يطالبه بالمثل او المماثل الحق واما ما لا يمكن الرد فيستقر استحقاق المالك
بالمثل او المماثل من دون تزلزل ويصير فيتعلق الاثر بالجبور ومقاصة ويمكن
ان يقال ان نتعرى بحث السابق ان وافقنا العرف وانصراف نص الاداء الى
ذلك بعيد مقتضى ذلك يصح تتميم الوضوء واتيان الصلوة بالثوب المبلول
في المفروض سواء كان قبل ارتضاء المالك او بعده واما صورة اختلاط
الشيء في مال الغير بحيث يكون في جنب مال الغير مستهلكا كالا شيء كالقطرة
ماء المغصوب مطلقا في [illegible] او مضافا في الكر ونحو ذلك فان كان له قيمة في الخارج
ولو فلسا فيحصل الشركة وان لم يكن له قيمة فان كان الممزوجين مثلين
فيخرج منه حصته وان كانا مختلفين ولو بالوصف بحيث لم يرض باخذ حصته منه
يستقر الضمان فقبل رد المثل او المماثل او بعده يمكن استعماله ثم انه للمالك
ان ياخذ مال المغصوب ونحوه ولو باشق الاحوال لقوله الناس مسلطون على اموالهم
فلو ادي رده ذهاب مال الغاصب ان كان هو دينارا وتضرر الغاصب قنطارا
لا يجب التزام المالك باخذ القيمة او المثل الا عن ابي حنيفة على ما نقل عنه حكم بانه يلزم المالك
بالمثل او القيمة في الخشبة المغصوبة في البنيان واللوح في السفينة فجعل في حكم التلف
والتلزم بالمثل او القيمة لكنه حكم بجواز الاضرار بمن بنى على الارض المغصوبة
مع علمه بالغصب فيام بقلع البنيان فلعله تمسك هنا بنص [illegible]
وكان له ان يقيس سائر الموارد عليه من وجهين لعدم الفارق ولان من تمكن
عند الاتلاف رد المثل اوجبه دون القيمة لقربه وتساويه بالمتلف مع بقاء
العين اولى بالرد لان القياس بقسميه عنده معتبر ونحن نقول لزوم الضرر
على الغاصب انقالم لا يوجب الحرمة للمالك على اخذ ماله لما ذكر ولنفي الضرر وتقدم
قبح الاضرار الموجب في طريق الاخذ لمالكه عرفا وتفصيل الكلام وغاية المرام فيما غصب
خشبة وضعت في سفينة انه ان كانت السفينة مال الغاصب ولم يكن فيها
مال ممن لم يطلع بغصبيتها ولم تكن فيها نفس محترمة من ذوي العقول وغيره
جاز للمالك قلع الخشبة من السفينة وان كانت في لجة البحر سواء كان مالكه
حاضرا في سفينة او خارجها ام غايبا او سواء كانت فارغة ام مملوة من اموال الغاصب
او الداخل ماله فيها مع علمه بالغصبية وان كان فيها نفس محترمة او فيها مال من

لم يطلع بغصبيته في اللجة ولم يكن في الساحل فلا يجوز له ان ياخذه لان الشارع
فيما دار الامر بين اتلاف النفس والمال قدم رعاية النفس على المال بحكم الاستقراء فلا
يجوز قلع خشبة السفينة التي فيها في لجة الماء ولا يجوز اضرار المظلوم لاهمية
حق النفس وللمالك ان يطالب بمثله او قيمته من تضاعيفه او تشكيكه الى ان
يرد ماله اليه للحيلولة وله ان يتصرف فيه الى ان تصل الى الساحل فياخذ ما كان
ويرد ما اخذ ويرفع عنه لو اضر في الخشبة او نقص مقدار الارش وما تصرف فيه
ان كان منتفعا به فعلا او قوة بمقدار ما امكن ان ينتفع من الخشبة او اكثر فيه
فليس له ان يطالب الغاصب الاجرة وان اقل فله ان يطالب ما به التفاوت اما الاول
فواضح واما الثاني فلان الغاصب قدم على اضرار نفسه واما الثالث فلعموم النص
ومقتضى ادلة التي اقمناها لاثبات سلطنة المالك تعم فيما يعسر على الغاصب
الاضرار المالي او اجزاء الجسم ما لم ينجر الى تلف النفس او الاطراف ولا يجوز التمسك
هنا بقوله تعالى من اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم اذ تقتضي
العدالة وهي تقتضي عند اضرار الغاصب لدرهم درهما لو رد العين ان يلزم
الغاصب باخذ المثل او القيم لان الظاهر من [illegible] المثلية فيما لم يكن العين
باقيا ولا يجوز التمسك بادلة نفي العسر لرفع حكم التكليفي اي وجوب ان يرتكب
الغاصب العسر والمشقة على نفسه لان الظاهر من قوله تعالى لا يكلف الله نفسا
الا وسعها وقوله بعثت على الملة الحنفية السمحة السهلة وامثال ذلك فيما لم يتسبب
المكلف في ورود تكليف الشاق على نفسه والمفروض [illegible] خلافه وقد سبق
انه لو تسبب المكلف في ورود تكليف ما لا يطاق على نفسه لا يبعد ان يكلف به فهنا
بطريق اولى مع ان العرف يقدمون ادلة لزوم رد المال على ادلة نفي العسر عند
التعارض وان كان النسبة بينهما عموم من وجه ولا يتعارضها ادلة نفي العسر راسا
من جهة الحكم التكليفي الوضعي لكون ادلة نفي العسر مختصة في حق التكاليف فلاحظ
فلو غصب شخص خشبة باعتقاد انها ماله ونصبها في السفينة او الجدار كالذكي والكرسي
والجذوع او بنيان البئر وثبت انه مظلوم لا يجوز اضراره ويلزم بالمثل او القيمة
لانه يدخل فيما نفي عنه الاضرار والجبران في هذا المقام لا يعد ضررا ويتوجه
اليه ادلة نفي العسر ومن موارد قولهم ياخذ الغاصب باشق الاحوال انه
لو غصب او نهب المال من الغاصب وتمكن المالك اخذه دون الغاصب الذي اخذ منه

منه فللمالك ان يطالب عينه وان عسر عليه الرد وكذا لو مزج الغاصب المغصوب
بمال من جنسه او غيره ويعسر تمييزه كمزج الحنطة بالشعير والدخن بالذرة والثعلب
بالثمن كلف تمييزه واعادته وكذا لو خاط الغاصب ملبوسا بخيوط مغصوبة فان امكن
نزعها الزم بذلك وان اضر كثيرا وضمن ما يحدث من نقص واما المظلوم فلا يجوز
اضراره وانما يلزم عليه المثل او القيم لان العلم والجهل والاختيار والاضطرار لا يرفع
الضمان ولو خشي المالك تلفها بانتزاعها لضعفها ضمن الغاصب بالمثل او القيمة
ولا يجوز له مطالبته لئلا يلزم اجتماع العوض والمعوض ويحصل معاوضة القهرية
كالتقاص بعد الجبران فلا يجوز التمسك باستصحاب بقاء المال على ملكية المالك ويكون
اخذه للحيلولة بعد عده العرف من افراد التلف الذي لا قابل له للعود ولو على فرض
يكون تصرف الغاصب فيه بعد ذلك مباحا وانما فعل عند الغصب فعلا محرما وبالجملة ان
وقع شيء المغصوب من يد الغاصب في دائرة التلف فان كان فاما لم يبق موجودا
في الخارج كالفواكه الماكولة يستقر الضمان المثل او القيمة على الغاصب بلا اشكال
واما موجود في الخارج صحيحا او منقوصا ناقصا يجب على الغاصب الرد مع الارش ان تمكن بذلك
واما موجود في الخارج صحيحا او ناقصا ولم يتمكن الغاصب ان يرجعه وكان
لحصول قابلية الاسترجاع فللمالك ان يطالب الغاصب بالمثل او القيم للحيلولة
او ارتضاء قيمته كما سيتحقق انه [illegible] لا يخرج عن الملكية واما موجود في الخارج و
ليس له قابلية الاسترجاع على وجه لا يخرج عن المالية سواء لم يتمكن الغاصب
ارجاعه كما لو غصب خيوطا وخاط بها ملبوس الغير الذي هو غائب او حاضر
ويستلزم اخراجها عنه ضررا على مالك الملبوس او تمكن ارجاعه كما لو خاط
بها ملبوسه ففي ذلك ان رضي المالك في رجوع العين وان خرج عن المالية
فقد قدم على اضرار نفسه فبعد الرد دفع عنه الضمان وان طالب المثل او
القيم ورد الغاصب حقه اليه ففي بقاء تسلط المالك بعد ارتضائه بالمثل
او القيم على ماله او عدمه بحصول المعاوضة القهرية وجهان فان قلنا بعدم
رد العوض الى المالك بقي العين في قباله يلزم عدم جواز تصرف احد بالملبوس
المخيط بخيوط المغصوب بعد رد العوض الى ان تصح فهو اضرار على الغاصب في هدر
ماله منفي بعموم النص وكذا لو الزم عليه ان يهبه على من غصب منه خياطته فلا
مناص الا ان نقول بعد رد العوض وحق المغصوب عنه على وجه الاستقرار

لا القول كالحيلولة بخرج المال عن ملكه مالكه قهرا او بتعلق تسليط واداء العوض
فيه والظاهر من سياق من حكم بتعلق الضمان على الغاصب في المقام هو ذلك
فلو لم يطلع المالك بنفسه ماله وخاف الغاصب ان يبين كيفية ذلك ورد حصته
اليه على وجه شرعي الظاهر جاز له التفرق ايضا لما مر ولو خاط بخيوط المغصوبة
جرح حيوان له حرمة عند الشارع سواء كان من ذوي العقول او غيره ولم يخف
التلف والشين يجب الرد وان خيف التلف او الشين ضمن المثل او القيمة واعلم ان
المعيار في التميز بين حيوان ماله حرمة عند الشارع وغيره هو ان صدر عنه دية
في قتله كالكلب الماشية والهرة والفرس والبقر ونحوها فهو ماله حرمة عند الشارع وان
لم يصدر عنه دية في قتله كقتل المؤذيات وغيرها كالسبع والخنزير والذئب والكلب
العقور والحية والعقرب والفارة والفواسق وامثالها لا حرمة لها عند الشارع
فلو خاط الغاصب جرحها بخيوط مغصوبة ضمن المثل او القيمة ويشكل
في حيوان المأكول اللحم مما هو ملك الغاصب وخاط جرحه بخيوط مغصوبة امكن ردها
بذبحه انصراف قولهم لا يجوز قتل الحيوان اليه تأمل اذ قتلها لا يستلزم هتك حرمة الحيوان
مع امكان التخلص عن مال الناس يلزم ان يرد ويذبح عند الاتلاف غايته مضر بذلك
الغاصب وهو غير مضر وان خاط بخيط المغصوب جرح حيوان مأكول اللحم مملوك
غير الغاصب ولم يرض مالكه بالغصب فان امكن الغاصب ان يأخذه من المالك بالشراء ونحوه
ويذبحه ويرد ما غصبه ليبرء ذمته لو الزمه المالك برد العين تعين عليه
والا فعليه الضمان لانه لا يجوز اضرار المظلوم لاجل حرمة الحيوان واما
الانسان فان خاط به الغاصب جرحه بخيوط مغصوبة مع تمكنه بغيرها
وخاف في اخراجها تلف النفس او الشين فلا يجوز اخراجها بل يتعلق عليه
الضمان نعم لو تعلق عليه القتل بسبب الارتداد او الكفر او الجناية جاز له
يحكم عليه رد العين لانه في معرض التلف ولا حرمة له عند الشارع ثم انه ان
مات المخيط به خيوط المغصوبة من النفوس المحترمة فان كان غير الانسان
فلا حرمة في موته ويلزم اخراج الخيط منه ولو التزم المثلة وتفريق الاعضاء وان
كان انسانا فله حرمة عند الشارع فان استلزم بعد الموت اخراجه هتك حرمته
المتعارفا او المثلة فلا يجوز اخراجه كما في حال حياته ويتعلق عليه الضمان
والا لا مانع من لزوم اخراجه والرد الى مالكه الشرع انه لو حدث في المغصوب

المغصوب نقص عن قيمته بحسب النقص الحاصل في الذات او الوصف او الهيئة
يجب رد العين مع الارش اجماعا وهو المقتضى الجمع بين رواية سمرة ونفي الضرر ولا
يتفاوت الحال فيه ان يكون العيب مستقرا كتخريق ثياب البدن وتخريق بعضها وعتقها
ونحو ذلك سواء حصل بفعل الغاصب او بفعل غيره او بآفة سماوية نعم لو كان المتلف غير
الغاصب فلا يبعد مطالبة المالك اياه ان يطالب غرامته من المتلف فلو كان المتلف
الكل او البعض ولو بالتسبيب المالك يرتفع الضمان عن الغاصب بالنسبة الى تلفه
او مسريا كتسويس التمر وعفن الحنطة قال الشيخ في ذلك يضمن الغاصب القيمة
وقال المحقق لو قيل ترد العين مع ارش العيب الحاصل ثم كلما ازداد دفع ارش الزيادة
لكان حسنا والتحقيق ان كان سريان العيب بحيث لا يكون له قيمة في الخارج غالبا كالمرض
الاكال في العبد المغصوب يضمن القيمة وان كان يكون له قيمة في الخارج وبين الناس
فيمكن ادراك القيمة بصنعة يوم الرد بالبيع والاكل والطحن فيعيد رد العين
والارش ثم يرتفع ضمان الغاصب ولا يتضمن بالسريان للاصل ولان الضرر الوارد
بعد الرد ناش من تكاهل المالك من ادراك قيمته فهو قد اضر على نفسه فلا يجوز
الزام الغاصب به ولو مرتقا في اداء في زمان لحصول الدمل في العبد المغصوب
ولا يتفاوت الحال فيه ان يتغير وصف كالم كابلاء ثياب الجديد بالاستعمال او الغسل
وكذا لو غصب عبدا حسن الصوت وحافظ القران فنسي بعد الغصب ما كره صوته
ونسي القراءة فنقص عن قيمته فيجب الرد والارش او وصف نقص ككسر رجل
الدابة وتخريق ثياب البدن ونحوها او وصف هيئته كما لو كان سفينا من شغل
الكاشان وكسر وبقي قدرها او سفينا [illegible] فيجب رد العين مع الارش
واستشكل مسئلة وهي انه لو اخذ الغاصب شيئا وكان قيمته سوقية
عشرة دراهم فعيبه الغاصب بحيث صار قيمته سوقيته خمسة دراهم ثم ترقى قيمة
الشيء فلو كان صحيحا لكان قيمته عشرين درهما او ناقصا بلغ عشرة دراهم فهل على
الغاصب بعد الرد ضمان خمسة دراهم او عشرة وجهان مال الى الاول صاحب
جواهر متمسكا باصالة براءة ذمة الغاصب زيادة عن الخمسة ويلوح في
النظر الثاني لان المالك يوم الرد يستحق شيئ الصحيح التام والمفروض قيمة الصحيح
يوم الرد عشرين درهما فلو رد نصف ما بقي من الشيئ الذي بمنزلة النصف فيجب
عليه رد نصف الاخر وهو عشرة وقس عليه ما فرض من هذا القبيل ثم انه لو

اخرج الغاصب مبلغا على المغصوب وتردد قيمة المغصوب مثلا دابة كانت
ضعيفة فسمنت بالتبن والشعير فيأخذ قيمته باشق الاحوال ولا حق لعرق
الظالم ثم انه لو كانت العين المغصوبة باقية بحالها بحيث لا يحصل لها تغير يوجب
تفاوت القيمة بسببه ولكن نقصت قيمته السوقية كما لو غصبت فروة في الشتاء
وردت في الصيف او لم تبق لها قيمة في الخارج كما لو غصب حمل من الثلج في الصيف
ورده في المثلي ورد في الشتاء هل على الغاصب بعد رد العين دفع ما اضره
من القيمة ام لا وجهان وعن الفاضل البهبهاني اختيار الاول موافقا للشرذمة
من العامة تمسكا برواية نفي الضرر وهي معارضة بالمفهوم الغاية الرواية
سمرة والنسبة بينهما عموم من وجه والشهرة التي كادت ان تكون اجماعا في جانب
الرواية سمرة واعراضهم يخصص رواية نفي الضرر وعلى فرض التكافؤ والتساقط
فالاصل والسيرة على برائة ذمة الغاصب بعد رد العين عما نقصت من
القيمة ولا ينافي ذلك الحكم بلزوم رد حق الاجارة لو كانت المغصوبة دابة
او دارا او سفينة او نحوها وان لم ينتفع الغاصب بها تمسكا برواية نفي الضرر
بعد رد العين لعمل الاصحاب بها وعدم ظهور مخصص لها ويمكن ان يكون
وجه الفرق بينهما ان الغاصب صار سببا لتفويت المنافع فيضمن به
ولم يصر سببا للتغير القيمة السوقية فلا يضمن به الثاني في ضمان الاتلاف
~~قال الشهيد ان مثلي ... فيما ... تنقيح المقام تقتضي تقديم امور وتعميم~~
~~المحرر في المغصوب والمقبوض بالسوم والدين والامانة مع اختلاف الايدي وهكذا~~
~~بيان تبين المثلي عن القيمي وقد ... ان كل ما يتساوى~~
~~اجزاؤه في القيمة والمنفعة بمعنى ان الشيء الذي قابل للتجزية ويكون كل جزء منه لا يختلف~~
~~سعره عن جزء الآخر لعدم تفاوت صفاتهما بحيث يوجب التفاوت بين الاجزاء~~
~~في القيمة يسمى مثليا كالحبوب والادهان وما لا يتساوى اجزاؤه في القيمة يسمى قيميا~~
~~كالحيوان واللؤلؤ ... ونحوها~~ ثم انه ذهب جمهور
الفقهاء على ان ضمان المثلي بمثله وضمان القيمي بقيمته ونظهر من المحقق في
قرض الشرايع استحسان ضمان القيمي بالمثل حيث قال وكل ما يتساوى اجزاؤه يثبت
في الذمة مثله كالحنطة والشعير والذهب والفضة وما ليس كذلك يثبت في الذمة قيمته
وقت التسليم ولو قيل يثبت مثله ايضا كان حسنا ونقل قول عن ابن جنيد يوافقه

يوافقه من دون تخصيص ونقل عنه عبارة اخرى ضمان المتلف قيمي او مثلي ان رضي
صاحبه قريب بذلك والعقد ان رجع الى الاجنبي كما هو الظاهر فيستفاد منه قول
يقابل قوله الآخر وان رجع الى كلاهما فيستفاد منه قول بتخيير المالك بين ان يطالب
المتلف بالقيمة او المثل ويستفاد من صاحب الرياض في النقل ان لم قول بتخيير المتلف وهو خطأ
ووجه التخيير يمكن ان يكون الزام الغاصب باشق الاحوال ويستبعد ذلك
لا لان المدعى اعم من الغصب والحق مع المشهور في شقي المدعي اما الاول
لمنقول الاجماع عن جامع المقاصد ودعوى الوفاق عن كشف اللثام وعند الفقهاء عند
ملاحظة كلامهم في المقام ما كون ذلك من مسلمات الفقه او يوافق ظاهر دلالة
الآيات الثلاث وهي من اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وان
عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به وجزاء سيئة سيئة بمثلها ويدل عليه بعض
الروايات ايضا كما نقل عن عايشة انها سئلت النبي عن كفارة كسر قصعة حفصة فاجاب
بارجاع طعام وقصعة مثل الطعام والقصعة المكسورة والرواية قريبة بذلك ديغر وبها
رواية انس ولا يقاوم تلك النصوص المتعاضدة مما تدل على جواز ضمان المثلي بالقيمة
كصحيحة ابي ولاد ورواية تقويم العبد وقيمة السفرة على ما نقل على فرض دلالتها عن
موردها ويمكن منع ابن جنيد الى المبلوغ على مجرد قول عنه يوافقها واما الثاني
ايضا لمنقول الاجماع عن صاحب الرياض وعدم ظهور الخلاف الا عن ابن جنيد والمحقق
في القرض وشذوذ المخالف غير مضر ووضع صحيح ابي ولاد في حكاية البغل ودلالة ما يوافقها
وظهور كون ذلك من مسلمات الفقه بلزوم المخالف ووجه نظر المخالف ان كان ايات
المزبورة فعلى فرض سريانها في المقام وعدم حملها على المماثلة العرفية التي لا يخالف طريق
العقوم مخصصة في المثليات للاجماع وغيره وان كان ان رد المثل اقرب معدودية
رد العين مطلقا اقرب الى المتلف وعلا حظة الاقرب فالاقرب في ايصال الحقوق
مستحسن عقلا فهو مرجح وصحيح فنقول هذا الكلام في المثليات غير مضر لمذهب
الجمهور وقوي حقيقة واما في القيميات لا تتحقق المماثلة من كل الجهات
المعتبرة في القيم ومستحسنة بين الناس غالبا غير ميسر في الخارج والحكم بالزام رد
الاحسن اضرار على المتلف والتزم اعم من الغصب فلا يمكن الحكم بالزامه باشق الاحوال
فالحكم بالزام المتلف في القيميات بالقيمة اولى واضبط لانها تقابل جميع صفات
المعتبرة في المتلف ومستحسن عرفا والزام المالك بما يقابل ماله في القيمة السوقية

بيع العرف ولا اثر في تطويل الكلام في التعاريف اكثر من ذلك فلو انك تلاحظ موارد
النقض والابرام وموارد المسلمة فما استفاده منه لبانت لك كلما ايدناه من اصليه
وما وجدناه وبسكنا عليه هوانه كل صنف يضبط قيمته ووصفه ومقداره
عرفا مثلي كصنف الحنطة والشعير والتمر والزبيب والقطن والدهن والشحم المصفى
والجوز والبيض وبعض الفواكه الموسومة بالمركبات في بعض الديار وما لا يكون
كل قيمي كصنف الحيوانات والاراضي والاشجار والبقول واللحوم والجواهر ونحو ذلك
مما يتعذر ضبطها عرفا ثم انه لو شك في وصف المتلف فان كان قيمته معلومة لاجل
ان تخالف الاصناف قد لا يكون موجبا لاختلاف القيمة فهي متعين لانها تقابل ما ادعى
عليه الضمان فحصل منها البراءة وان لم يكن كالا فمقتضى الاصل والاحتياط القرعة
~~والصلح وذلك ان يرضيهما قبل القرعة بالقرعة حتى ينفع التاخر منهما~~
~~ويتراضيا بالصلح المؤثر في حق الملك~~ وان تنازعا في الوصف فان اتحد
يوم التراضي في القيم فهو والا فعلى المالك البينة او اليمين الاسترداد والنكول عنها
مبطل لقوله ولو شك في كون الشيء مثليا او قيميا بعد الرجوع الى التعريف فالمرجع
الى الاصل خبرته ومنها انه لو اخذ شيء الغير وكان من المثليات وصار
بفعل الاخذ من القيميات كما لو اخذ قطنا وغزله ونسجه او بالعكس ثم تلف
فهل المدار على يوم الاخذ ام يوم التلف ام يوم المطالبة ام يوم الوفاء ام الى ما
انفع للمالك ام التخيير وجوه مقتضى بقاء العين في ملك المالك الى يوم التلف وكون
الاخذ مخاطبا برده ثمانه زائدة كانت ام ناقصة وتجويز ضمان البدل فيه
ان يكون المدار على يوم التلف فان كان حاصلا في المتغير نقص من يوم الاخذ
فيستحق المالك الارش مع ما ضمنه يوم التلف ان لم يكن من الامانات
التي تلف باتلاف او تعدي وان حصل زيادة في يوم التلف عنه سيتبين حكم
الزيادة فيه قبل التلف ومناط الحكم عليه بعده فلاحظ اذا تلف شيء المثلي
الذي كان له عند التلف قيمة واراد المتلف رد المثل في مكان او زمان لا قيمة
له فهل له ذلك ام لا وجهان كما لو اخذ في الارض القفار او في البحر المراد ماء و
اتلف ثم عند سطح عين الحلو اراد رده او اخذ شيئا من الثلج في الصيف واراد
رده في موسم الشتاء عند عدم قيمة له بعين كما لو اتلف كشف اللثام والقواعد العلامة
على ما نقله صاحب الجواهر وجماعة به القائف تمسكا بادلة نفي العسر

الثاني وهو قوي للسيرة ولنفي الضرر والشبهة وهي تقتضي دليل الذي يدل على انه لا يلتزم المتلف
القيمة السوقية فقد عن فاضل البهبهاني انه لا فرق في الموارد في الزام الغاصب
القيم السوقية ثم ان المثل الذي هبط قيمته بالتدريج الى ان خرج عن القيمة فهل المدار على
المثلي القيم ام على الاخير ومجمة هبوط القيمة احتمالا او وجهها الا قبله لم يلتزم
الابرد المثل من دون الارش على التحقيق وبعد خروجه عن المالية فيصير داخلا في حكم تعذر
الرد ويلتزم بقيمته قبل التعذر نعم للمالك الا ان يرضى به ويطالبه في المكان او الزمان
الذي كان له فيه ربح ومنها انه لو تعذر المثل الزم بالقيمة لنقل عدم الخلاف ونقل
الاجماع ولزوم التكليف بما لا يطاق لو الزم الغاصب بالمثل والاضرار على المالك لو الزم
بالصبر الى وقت الامكان ما لم يرض هو بذلك ويظهر من ظاهر قولهم وان تعذر المثل
ضمن قيمته ان ذمة المتلف عند التعذر اشتغل بالقيمة قهرا ولكن عن كره ولا ايضاح
والدليل ان ذمة المتلف مشغول له بالمثل ودفع القيمة الى المالك برفعه ويقتضي ذلك
تعليل بعضهم ان التاخير يوجب الضرر على المالك ويقتضي الاصل ذلك بان يبقى ذمة المتلف
مشتغلة بالمثل الى ان يقبض المالك القيمة ولا منافي وجوب دفع القيمة عند التعذر
على المتلف مع عدم كون ذمته مشغولة بها كما قالوا بوجوب انفاق الوالدين
عند التعسر وعدم اشتغال ذمته الولد به وكذا الاب بالنسبة الى الولد ولو قلنا
يلزم التعذر وغيره تقريره ان يوجب رد القيمة موقوف على وجوبه وهو
موقوف على الرد لا حينا عنه بان الوجوب موقوف برضاء المالك بالرد دون
الصبر او بوجود المثل بنفس التسليم وان كان هو موقوف به ولفظ التعذر
لم يكن في الكتاب والسنة فوجدت في المقاصد بالسنة الفقهاء فقد جعل المرجع
التعذر الحاصر وبعضهم قال بانه لا يوجد مثل المتلف في البلد وهو الحسن ومنهم
من جعل المناط تمكن المتلف على رد مثل شيء لو كان مثله موجود قريبا
في بيته عند احد يتمكن بيعه ام بعيد ام مثل الحطب وجد مثله
في البلاد النائية وتمكن اقتناصه ولو الزم عليه اخراجات كثيرة يجب
عليه المثل كما لو كان العين مستبعد فيجب عليه احضارها والرد وهو
مقتضى الاصل ومنها انه بعد تعذر المثل فهل عليه قيمة يوم القبض ام يوم التلف
ام يوم التعذر ام يوم المطالبة ام يوم الاقباض ان اختلفت الايام اما على القيم
فيها او في بعضها ثنائيا او ثلاثيا ام التخير فيها او في بعضها كما لو ثنائيا او ثلاثيا او رباعيا

للمالك او للمتلف وجوه تبلغ ثلاثة وثمانين احتمالا فعن الايضاح وجوب رد اعلى القيم من يوم الغصب الى يوم الاقباض وعن غيره لزوم رد قيمة يوم الاقباض كما هو مذهب الجمهور لانه متى ثبت المثل في الذمم استصحب بقائه الى حين ادائه وتجدد تعذره لا يرفع الحكم الوضعي وهو كون المثل ثابتا في ذمته للمالك ولذا يجب عليه اداء المثل اذا تمكن بعد التعذر قبل الاقباض اذ بعد وجود البدل قبل استقرار البدل يزول منه الاثر البدل فيوم الاعواز لا يرفع ذمة المثل وانما يحكم بان القيمة اداء عنه فلا تعتبر الا قيمة يوم الاداء لا يقال اذا تقارن زمان اعواز المثل وزمان التلف فلا يجري الاستصحاب فيثبت القيمة في ذمته من يوم التلف كما هو سيما مع حصول الياس عن التمكن من المثل بعد ذلك لانا نجيب بان عموم دليل المثلي يحكم باشتغال الذمة بالمثل في المفروض ولذا لو تمكن باداء المثل بعد الاعواز قبل الاداء ودعوى اشتغال الذمة اولا بالقيمة ثم بالمثل لو تمكن بعده مدفوع باصالة عدم تعدد اشتغال الذمة بناء على ان عدم التمكن من المثل يوم التلف لا يقتضي عدم الا اشتغال الذمة به لكونه حكما وضعيا هذا ويرد المستدل ان التحقيق يقتضي ان الذمة لا يشتغل بالمثل ولا القيمة بل بالعين مطلقا لاصالة البقاء على ان ثبت لم زمان يمكن ردها لاطلاق رواية الاداء واستصحاب عدم تبدل وتعدد اشتغال الذمة لو ثبت المتلف زمان يتمكن رد العين ثم تعذر ولم يكن المثل متيسرا ثم تيسر قبل الاداء القيم ثم تمكن العين واعلى القيم من اسباب الرافعة ما في الذمة ان وقعا في مقامها فلا وجه لاستصحاب الاشتغال الذمة بالمثل يوم الاقباض والتكليف بها تعليقي لا تنجيزي ولذا لو حكم الحاكم بالقيمة ولم يلتفت المحكوم عليه دفع حصته بالناضي ام لا وا تفق انها زادت او نقصت بعد الحكم الذي لم يلتزم ما حكم سواء حكم بمثل معين ثم حصل العين ام بالقيم ثم تمكن بالمثل مع انه علم جواز نقض حكم الحاكم عندهم اجماعي والسر ان حكم المقام تعليقي وان لم يسبك الحاكم الحكم معلقا فنقول ان الذمة يوم الاقباض مشغولة بالعين ومع عدم تيسر ردها يرتفع الذمة برد ما هو الاقرب اليها في نظر الشارع اي المثل في المثليات فعند عدمه تعذره بالقيم ما دام لم يتمكن برد العين وان كان لاجل ذهاب القيم لها وما ظهر بطلان قول من حكم باقصى القيم ومن قال بضمان القيم ابتداء عند مقارنة الاعواز التلف على ما نقل فتدبر

ومنها انه اذا اختلفت قيمة العين المتلف لاختلاف الايام في القيميات فهل عليه قيمة يوم القبض ام التلف ام المطالبة ام الدفع ام اعلى القيم فيها او في بعضها ثلاثيا او ثنائيا او في ايام بقاء العين في قبضه مغصوبا ام التخيير كل للمالك او المتلف وجوه تبلغ اربعين احتمالا لا اقال لها ظاهرا الا اربعة منها فعن عه وطوبه ونع وكشف الرموز والمراسم بل المحقق نسب مذهب الاكثر كون الواجب قيمة يوم الغصب وعن يه ولمه وف وموضع من ط والغنية والسرائر والايضاح بل عن المخ دعوى مذهب الاشهر كون الواجب رد اعلى القيم من يوم الغصب الى حين التلف ونقل عن المحقق قول بضمان اعلى القيم من يوم الغصب الى حين الرد وعن القاضي والفاضل في جملة من كتبه والشهيدين والسبزواري والاردبيلي بل ادعى الشهيد بن علي ما نقل ان مذهب الاكثر كون الواجب قيمة يوم التلف القول الاول يمكن ان يكون صحيحة ابي ولاد في حكاية البغل المغصوب وهي طويلة ومحل الشاهد منها ارايت لو عطب او انفق اليس كان يلزمني فقال الصحة نعم قيمة بغل يوم خالفته وهي ظاهرة في قيمة يوم الغصب فيه ان المراد من المخالفة يحتمل ان يكون مخالفة الشرط ويحتمل ان يكون مخالفة العين بان يخل وصفه او يهلكه او بعيد مرته فعلى الاول دليل المستدل دون الثاني ولا يبعد دعوى ظهورها في الثاني لاقتضاء تطابق الجواب بالسؤال الذي ذكر فيه العطاب والتنكير البغل اذ على فرض الاول يقتضي التعريف لانه معهود العين حينا ومسبوق الذكر في الرواية والتنوين التنكير ~~والعوض عن معناه في البغل ليس البغل~~ الحامل يقتضي عدم وجود البغل ويفرض الميت حيا ويؤدي قيمته ومع منع الظهور يتكافؤ الاحتمالان ويسقطان عن درجة الاعتبار وتوهم بعض ان الرواية متعارض الصدر والوسط والذيل ومتهافت لما فيه على بعض النسخ عليك قيمة ما بين الصحة والعيب تحرره عليه وعلى بعض الاخر يوم ترده عليه فاسقاط اليوم من العبارة الاولى غير ما فعوضه وفيه انه يحتمل ان اليوم متعلق بمتعلق عليك الاول وهو يجب او يلزم مقدر والاوجه ان يكون متعلقا بما هو اقرب اليه وهو العيب والتقدير يجب عليك قيمة ما بين قيمة الصحة وقيمة العيب يوم ترده البغل عليه يمكن وجه تقييد العيب به لاجل الاحتراز عن ملاحظة قيمة اليوم حصول العيب او احترازا عن ملاحظة عيب

الحادث ثم بعد الرد لو كان العيب عند الرد غير مستقر وعلى فرض اسقاط اليوم
ترده نفت العيب بناء على ذلك لا يوجب ترك اليوم تهافت ولا يتعارضه
ظهور ما ذكرناه لكلام الصدر لان ذلك في صدد بيان حكم موضوع الارش
والصدر في صدد بيان حكم التلف فخذ حد يتفقهما ولا يتعارضه كلام
الرجل وهو عند اختلاف المالك والغاصب في القيمة قال ان يأتي صاحب
البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكترى كذا وكذا الآن
لما سئل فان اصاب البغل كسر او دبر او عقر فاجاب عليك قيمة ما بين
الصحة والعيب يوم ترده استفيد منه وجوب ملاحظة قيمة يوم صحته
وقيمة المعيب يوم الرد ودفع الزيادة عن مقدار الجامع في القيمتين قيمة
الاولى قابل التراع دون الثانية وسئل عن حكم التنازع فيهما فحكم
على المدعي البينة بان تشهد ان البغل كان قيمته في زمان الاكترى كذا
والمنافي بين الصحة بصحة يوم تحققه لوجهين احدهما ان الظاهر من قيمة
الصحة غير الفرضي اي الفعلي فلو كان المراد صحة يوم العيب فيكون فرضيا وثانيهما
ان الامام علاحظة المقام للعهد الذكري كناية اذ التقدير السؤال والجواب انه ان
اصاب البغل الصحيح الماخوذ عيب بعد تخالف الشرط فيجب على المخالف قيمة ما بين قيمة
الصحيح المعهود وقيمة المعيب حال الرد ويمكن ان يكون ان يوم الغصب
اول وقت دخول العين في ضمان الغاصب والضمان انما هو القيمة فيضمن بالغصب
حال ابتدائه وفيه ان الضمان المتعلق في ابتداء الغصب تعليقي بمعنى ان
الامر المتعلق عليه برد العوض دون العين ما لم يكن العين باقية في الوجود
فلا عبرة به الا في حال التضمين ولا تنجز الا بالتلف فالعبرة على حال
التلف
القول الثاني يمكن ان يكون صحيح الجي ولا دليل
على تعلق الظرف بشيء مقدر مستفاد من قوله نعم فالتقدير نعم ابتداء
ضمان قيمة البغل من يوم مخالفة الشرط الى يوم التلف فيستفاد منه رد
قيمة الحاصل في تلك المدة والزيادة عن قدر الجامع المشترك التي حصلت
في الاثناء مما تعلق عليه الحكم فعليه اداءه وفيه اولا انه تعسف مع
ان ذلك يقتضي ان يكون جوابا عمن علم بان عليه قيمة وجهل وقته حسب مسلك
التقدير والسائل بسؤاله في تعلق الحق عليه ام لا فيخالف الجواب السؤال

السؤال وثانيا كون ابتداء ضمانه من يوم الغصب الى يوم التلف في الاجرة متحقق
ومسلم واما في القيمة العين غير متصور بان يؤدي جميع القيم الحاصل من اختلاف
الزمان وان اريد واحد فهو مع بقاء العين غير معقول اذ لا عبرة باختلاف القيمة
السوقية مع وجود العين اجماعا والمخالف شاذ فالحكم بدفع العوض تعليقي ولا يتنجز
الا في يوم التلف فالعبرة على قيمة يوم التلف وثالثا ان الزيادة ان كان حاصل
في يوم التلف فمع الوفاق والا فمقتضى الاحتياط عدم جواز اخذها وبراءة ذمة
المتلف عنها ولا دليل على التنصيص عليه وقولهم الغاصب يؤخذ باشق الاحوال
ليس مجراه في رد العوض بل في رد العين مع ان الاصل ينفيه فلو تمسك
بادلة نفي الضرر فنقول اولا انه معارض بالمثل اذ لا يجوز مطالبة الغاصب
اكثر مما يستحق المالك عليه اجماعا والزامه الا على ما يحتمل ان يكون ملك ما
لا يجب عليه فهو ضرر فكما ان احتمال الضرر في جانب المالك ينفيه الخبر
فكذلك الضرر في جانب الغاصب الا ما اخرجه الدليل وثانيا انه مع بقاء
العين لو تنزل قيمة سوقيتها فلا ضمان بالزيادة اجماعا منقولا وزمانها
على تقدير تلفها في حالة العليا ليس لاجل الزيادة بل من حيث الاشتغال
عند عدم تمكن رد العين بدفع القيمة فاذا ثبت عدم تعلق التكليف
بدفع النقيصة الحاصلة في القيمة السوقية في زمان وجود العين
فيستصحب بعد التلف ودعوى ان نفي الضرر يحكم عند تنزل السوق بدفع
النقيصة مما كان في ان السابق للمالك لا اجماع حكم مع وجود العين لا يلتزم به
فالوجود كالمانع فاذا ارتفع المانع اقتضى المقتضي اقتضائه الى وجوب
دفع النقيصة بحكم نفي الضرر مدفوع بان الاجماع قد خصص عموم نفي الضرر في
غير تنزل السوقية فالمقتضي غير مسلم من اصله فلو قيل ان الاجماع المنقول
في صورة رد العين لا يلتزم برد النقيصة لانه لا يلتزم ما النقيصة
السوقية حتى يمنع وجود المقتضي لما يدل على ذلك ظاهر القول لا يرد زيادة
القيمة السوقية لقلنا انه معارض بظاهر قول الاصحاب ان الغاصب مخاطب
بردها حين وجود العين زائدة كانت ام ناقصة من غير ضمان شيء
من النقيصة اجماعا اذ بظاهرها في عدم وجود المقتضي فيتكافئ فيتساقطان
فيكون المرجع الى الاصل المسطور
القول الثالث

ان القيمي يضمن بمثله كالمثلي وانما ينتقل الى القيمة عند تعذر المثل فيجب
اعلى القيم الى حين دفع القيمة لان الزايد في كل آن مما يقع من حين الغصب
مضمون تحت يده ولهذا لو دفع العين حالة الزيادة كانت للمالك
فاذا تلفت في يده ضمنها وفيه ما تقدم من الكلام في انه لا ضمان على النقيصة الحاصلة
من اختلاف قيمة السوقية فلا حاجة الى بيانه وبناء على ان ضمان القيمي قيمي
ابتداء لا وجه لقيمة يوم الاداء اذ بعد تعلقه يستصحب حين التلف ما تعلق به واما
بناء على انه مكلف الى اوان الاداء برد العين وكون المثل والقيمة من اسباب
الرافعة ما في الذمة يقتضي ان يؤدي قيمة يوم الاداء زائدة كانت او ناقصة
من ايام السابقة والحكم بدفع القيمة تعليقي ولا يتنجز الا اوان الاداء فيكون المدار
على يوم الاداء ولكن لم ار من ذهب قائلا او ساواه ظاهر الروايات المزبورة فلا اعراض
عنه لاجل ذلك احد د
القول الرابع ان الغاصب مكلف برد العين
عند وجوده دون القيمة اجماعا ولا يضمن بنقص السوق للاصل فالمدار على قيمة
يوم التلف لما وجهنا الرواية المزبورة عليه ولظهور بدلية القيمة من العين
عرفا بدلية يوم التلف ولاصالة تاخر الانتقال القيمة في الذمة الى يوم التلف منه
على الانتقال ويمنع ظهور الاجماع والرواية اذ يتجاوز عنه فهو قوي
ثم لا يخفى انه لو كان التالف مثليا وتعذر فعليه قيمة يوم الاداء ولو كان
التالف قيميا فعليه قيمة يوم التلف ٢ ومنها انه هل يضمن الغاصب جفاف
المغصوب مطلقا ام لا مطلقا ام التفصيل بين ان يكون الجفاف موجب انعدام
العين عن القيمة عرفا كبعض البقول المأكولة وبين غيره كالرطب والعنب وورق
التوت والهندباء وحب العدس والبقل وراس الثوم والبصل ونحوها
فيضمن بقيمة الاول دون الثاني وجوه اوجهها الاخير اما اللزوم
بالمثل او القيمة فيما يلحقه العرف بالتلف فهي لا اصل له نفي الضرر
واما عدم الزامه بجفاف ما لا يلحق بالتلف بعد رد العين لصدق
الاداء عليه عرفا والرطوبة ليس لها قيمة والسيرة على التسامح
فيه والحكم بضمان القيمة عند الغصب ليس
تعيينيا حتى يجري الاستصحاب فمقتضى الاصل في
جانب الغاصب البراءة وفي جانب المالك الاحتياط ومنها

ومنها انه اذا وجب الارش لعيب او نقص فهل يجب الارش الذي يعرض في يوم القبض ام النقص
ام المطالبة ام الرد ام اعلى القيم ام التخيير وجوه السابقة جارية فيه قد رجح سيدنا
احتمال الرابع تمسكا برواية ابي ولاد حيث فيها يوم ترده عليه وادعى ظهوره في لزوم
قيمة يوم الرد وقد سبق ضعف سلوكه ثم ان اصاب البغل كسر او دبر او عقر فاعليك قيمة ما بين
فاعلم ان الارش هو ما به التفاوت بين الشيئين والشيئان في المقام قيمة المعيب
وقيمة الصحيح ويوم قيمة المعيب مع وجوده شخصه صحيح ابي ولاد مانه يوم الرد
ومع عدمه مقتضى الحكم بضمان التلف يوم التلف ان يكون المدار على يوم التلف
لان قبله كان مكلفا برد المعيب والارش يوم الرد فحين التلف يستقر
الامرين الارش والعوض عليه ويوم قيمة الصحيح يمكن ان يكون هو يوم المقارن بيوم
المعيب بان يتخذ يوما ويفرض الشيء صحيحا يوم الرد او التلف ويلاحظ قيمته مع قيمة
معيبه ويستخرج الخارج عن قدر الجامع ويمكن ان يكون هو يوم التصرف في مال الغير
عدوانا مقتضى ما قلنا ان ذمة الغاصب مشغولة برد العين دائما وجعل الشارع
من اسباب الرافع ما في الذمة المثل والقيم عند تعذر رد العين ان يكون يوم الصحة
مقارنا بيوم المعيب والحكم بعدم تجاوزه عنه ظاهر اجماعي فالدليل يقتضي وجه
الاول وانما اخرج عن مقتضاه صحيح ابي ولاد صورة ما لو كان قيمة يوم التصرف مال
الغير عدوانا اكثر من يوم قيمة المعيب في يومه اذ يوضح ظهور قوله قيمة بغل يوم خالفته
في حكم تعلق الثاني واما صورة تساوي القيمتين او كون المعيب اكثر قيمة يقتضي
ما ذكر ان يعمل على مقتضى وجه الاول مثلا لو غصب بغلا كان قيمته عند الغصب عشر دراهم
وحصل فيه عيب موجب الارش فيوم الرد او التلف ان كان قيمة المعيب اقل من العشرة
فالرواية تحكم ان يلاحظ قيمة المعيب يوم الرد مما نقص عن العشرة يكمله وان تساويا او
زادت قيمة المعيب عن العشرة لندرة وجود افراد نوعه فيلاحظ قيمة الصحيح والمعيب
يوم التلف او الرد ويستخرج الارش منهما وقد منع الظهور فالدليل يقتضي مقارنة
يوم المعيب بيوم الصحيح في التقويم ~~والحاصل ان وجد عيب ولستقر الى المقام او حصل رفعه~~
~~ورد المعيب فيحتاج الى التقويم ولو كان تلف ذلك بعد مدة~~ ومنها انه اذا
خرج المغصوب بعد ما كان له قيمة عن المالية اذ لم يبق له قيمة في الخارج عند ارادة
الرد فهل كان له شائبة الرجوع الى القيمة كما لو غصب كغنين ملحا في الملة عند عدم
تنوع العين وكان قيمته مدها مثلا او اداني فصل بنوع العين وتنوع ولم يبق له قيمة لكن لو
حفظ الى زمان الغصب يحصل قويا يحصل له قيمة ~~فهل يجري فيه حكم التلف~~ ام

لم يكن لم شانية الرجوع كما لو غصب قربة ماء في سطح البحر المالح وعند الوصول الى
سطح ماء الحلو مع عدم استقدام مالكي اراد دفعه فالحق تلحق بالتلف وقولهم بعدم لزوم
الغاصب بتفاير قيمة السوقية لا يجري في ذلك فيحكم اصالة نفي الضرر على ضمان القيمة
ويملك ما لاقيمة له الغاصب بقابلة القيم ولا يرجع الى المالك لئلا يجتمع العوض والمعوض
ومنها انه اذا طالب المالك المثل او القيمة او واله من
المتلف في غير بلد القبض المغصوب وكان بلد القبض بلد التلف
فهل يجب على المتلف الرد مطلقا كالدين ام لا مطلقا بل بما يستحقه في بلد القبض فيه
او في غيره سواء اختلف القيمة بالنقص والزيادة ام لا او مرجع ذلك الى التفصيل
بين صورة التسوية وغيره فيلزم الاول دون الثاني المتضرر وجهان
ذهب طائفة الى الاول على ما نقل وجنح اليه سيدنا بان الذمة

الذمة مشغولة بالوضع والاداء في كل زمان ومكان ما لم تحصل الحق في قبض مالكه فيجب
عليه ابراء ذمته في كل مكان يقتضي ذلك فيجب عليه الدفع يوم المطالبة في بلد كان يطالبه
العوض ان مثليا فمثلي وان قيميا فقيمي وبعموم نفي الضرر اذ الزام المالك بالصبر الى
وقت اخذه في بلد القبض قسط من الضرر وفيه ان الاصل يقتضي اشتغال
ذمة المتلف بما استحقه في ناحية التلف في كل زمان ومكان ما لم يدفع فيجب
[illegible] عن البيع والصلح ما اقيمته ورد العين او المثل او القيمة فيجب عليه ابراء
ذمته عن ذلك عند مطالبته في غير ارض القبض سواء كانت قيمته تزيد عن قيمة
مقام المطالبة ام تنقص فللمالك التخيير بين رضائه به والصبر الى ان يقبضه
حقه في مقام القبض اذ لولا ذلك لم يستلزم في بعض الفروض اقباض المالك
زائدا عن حقه من مال المتلف [illegible] نفي الضرر وفي التخيير لا يوجب ذلك
وقولهم الغاصب يؤخذ باشق الاحوال ليس في المفروض محله فتدبر
وقياسه بصورة وجود العين في بلد المطالب لا اعتبار به والنص الناس مسلطون
على اموالهم فارق لانه ظاهر في الاول فلو طالب في بلد التلف وكان بحسب العادة
قيم العين والمثل المختلف فهل المدار على قيمة يوم القبض والتلف مع عدم
اختلاف القيم بحسب الزمان وجهان مقتضى [illegible] وقيم بلد
التلف معتبر اذ ظاهر قوله يوم خالفته لو كان يوم التلف نظيم من خلل محل
التلف لم يكن منع الظهور ولانه لو قال المولى لعبده اكرم زيدا ان سلم عليك في
ظهور وقت وجوب الاكرام لا يظهر محل الاكرام بل من هذه الجهة ساكت فالاولى
ان نتمسك باصالة عدم وجوب او عدم جواز رد المثل او القيمة مع بقاء ههنا
وعدم رضاء المالك في غير بلد القبض الى ان التلف فيلتزم به دون غيره
~~ويكون المختلف بلد القبض والتلف والمطالب فالمدار على حال التلف في بلد~~
القبض او باصالة وجوب رده في مقام القبض تنقيحه ان يوم القبض اوجب
عليه حكم مركب من الرد وفي هذا المكان من دون اشكال ولذا لو خالف ونقل المال
الى مكان اخر للمالك ان يطالبه بالرجوع ويجب عليه الارجاع الثابت في ذمته
فلو نقله الى بلد اخر فبقاء احد جزئي المستصحب قطعي وهو لزوم الرد وزوال
اعتبار جزء الاخر وهو لزوم مدخلية المكان في الرد مشكوك والاصل بقائه وصورة
بقاء العين ومطالبة المالك اياه في غير بلد لزوم دفعه يخرج بالدليل اذ رضاء المالك [illegible]

الاحسان في حق الغاصب لدفع كلفة الارجاع عنه فلو تلاقا في غير بلد القبض والتمس
منه الغاصب ان يقبض ماله فللمالك ان يحكم برجوعه الى مكان القبض لا بعد منه
فالحكم الملتزم به الغاصب هو النقل في مكان الغصب وتعين حكم الضمان في بلد التلف
بالمثل او القيمة لا من خلية له في دفع ما وجب دفعه في مكان القبض فليس للغاصب
الحق الزام المالك بالقبض للمثل او القيمة في غير مكان يوم الغصب كما في العين ولا للمالك
الزام الغاصب بالزيادة عن قيمة ماله في مكان القبض حينا للاحتياط بل
علم بعدم استحقاقه به ولا يحكم بقولهم الغاصب يوخذ باشق الاحوال باخذ الزيادة
مع ان اصالة البراءة اذا كان مؤيدا باصالة الاحتياط في جانب من له الانتفاع جارية
ودعوى السيرة على الزام الغاصب باعلى القيم بمعنى انه لو كان مكان القبض قيمته
اكثر يلزم به وان كان مكان التلف ذا يد كما لو كان العين قيمته في بلد القبض خمسة دراهم
وفي بلد التلف باعه الغاصب بعشرة يلتزم بالعشرة باطلة لعدم تحققها وعلى فرض
التحقق لا يحصل الظن بها ولا تكافؤ الاستصحاب وتركيب حكم التلف مع البيع
مغالطة اذ البيع عند الانتقال موجودة فاين يد من قيمة مكان الغصب بعد
اخراج اجرة الطريق منه للغاصب مال المالك لنفي الضرر اذا تحقق ان المدار على
مكان الغصب فالخطب سهل في صورة اختلاف قيمة العين في يوم القبض و
التلف والمطالبة والدفع لحصول الضعف في احتمال الالزام باعلى القيم والتخيير
وسائر الاحكام مما ذكر فتبصر [illegible] انه اذا تعددت الايادي من يترتب
على يده الضمان فلو لم يحصل تبدل للعين ونقص [illegible] ولا في قيمتها من الزمان
والمكان من ابتداء الغصب الى حال التلف فالامر هين ولو حصل اختلاف فيتعدد
له صور عديدة فالنذكر ما تمكنا في مرهوقات [illegible] الاول ان يرجع
المالك الى المتلف اي من تلف في قبضه ولو بآفة سماوية واحدا كان او متعددا متوافقا
في موجب الضمان او مختلفا في التسبيب والمباشرة بناء على تكافؤهما في مورد الاجتماع
ودونه في فرع ويلتزما بالدفع والمتلف اما ايديه بد التي اخرجها الشارع عن الضمان
كالمحسن والماذون من قبل المالك في القبض او التلف والامين كالوكيل والمعير والمرتهن
والدلال والحمال ونحو ذلك [illegible] وما نسب التلف الى المالك
فلا سلطنة للمالك عليهم بالمطالبة ما لم يثبت التفريط منهم واما ايديه بد المكره والمغرور
[illegible] اخذه منه [illegible] ان المقبوض منه مالكه [illegible] كالمشتري والقابض بالسوم او الصلح

او الصلح او الاجارة او القرض او الرهن او العارية او المضاربة والمالك سلطنة المطالبة
عليهم وليس في ذمتهم الا ايصال الحق المالك اليه سواء اخذوه ممن اخرجهم ام دفعوه
من مالهم كرامة واما ايديه بد من لا سلطنة للمالك عليه ولا ذمته مشغولة كالمجنون
والنائم ان يحتمل عنده قبل به حصل الاضرار لعدم كونهم مكلفا كالكلب والصياد والدجاج
واما ايديه بد من ذمته مشغولة ولا سلطنة للمالك على الاجبار كالمفلس
والمملوك اما الاول فلانهم [illegible] كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة واما الثاني فلان العبد
وما في يده مال المولى ولا يجوز اجبارا والمولى لقوله تم ولا تزر وازرة وزر اخرى و
لاصالة براءة ذمته واما الجناية فخرج بالدليل اذ عند تعارض الضرر المالي
والنفسي على ما يحكم الاستقراء فيقدم ضرر المالي فلذا اخرج عن تحت القاعدة واما
[illegible] من ذمته مشغولة والمالك سلطنة عليهم كالغاصب والسارق
والجاهل والمعتقد انه ما في يده ماله ان اقام المدعي البينة او اليمين المردودي
او هو اقر به [illegible] ونحو نقل العين منهم اليه بعقد كالبيع والصلح والاجارة ونحوها
والمقبوض بالسوم او الحمل او تنقيح الصرافة ونحوها مع علمهم بانه مما في قبضه ليس مالك
العين ولا اثر في رضاه ولا كلام فيه مع بقاء العين للمالك سلطنة على الايادي الخمسة
مذكوره للنص والاجماع وانما الكلام في التلف فلو رجع المالك على من له عليه سلطنة
وكان متلفا في [illegible] ياخذ مثل ماله ان كان مثليا او القيمة ويغرمه لمن اقبضه
لضمنه بلا واسطة فيطالبه بما الحق في قبضه وتلف في ضبطه سواء زادت عما في يد الواسطة
في العين او الفائدة ام نقصت وليس له مطالبة الزيادة الحاصلة فيما كانت العين في
قبض غيره للاحتياط مقرونا بالبراءة ولنفي الضرر ولقوله تم ولا تزر وازرة وزر اخرى
ثم بعد اخذه حقه الذي كان ثابتا في ذمته له ان يطالب الزيادة ممن استقر في ذمته
عليها من الوسايط لا اكثر منها لئلا يجتمع العوضان لعوض واحد عند المالك اجماعا
والمتلف ان كان عند الاقباض عالما بعدم جواز قبضه ولا عبرة عند الشارع برضاء
من اقبضه منه فخسر بما اداه الى غير المالك ان تلف لان من تلف شيء في يده وكان له اجازه
من المالك بالتصرف باي وجه شاء لا ضمان عليه وان كان العين باقية فله سلطنة على
الاخذ ملك العين لقوله الناس مسلطون على اموالهم ولا شك ان مجرد التسليم المالك
على وجه باطل لا يخرج عن المالية فله ارجاعه ويجب على الآخذ بعد ما علم بعدم رضاه
في رده والتصرفات الحاصلة قبل الانتقال بعدم الرضا صحيح لجواز المالك وعدم صدق
فيه تمام

اوجهها في النظر الاخير لاصالة البراءة ذمة الذي تعلق علي العين عن القسم الكثير متعلق علي المالك في القسم الضرر مقويا باصالة الاحتياط في جانب المالك ولان ارتكاب غير هذا الوجه من الوجوه مستلزم الظلم علي المظلوم وهو منفي في الشريعة ولان لا ضرر يقتضي ذلك وانصراف لرواية السمرة عند الشك في الانصراف ان كان مقتضى الاصل الانصراف لكنه لا يقاوم مع ملاحظة ضعف سنده ولو شككية انصرافها وكون الظن الشخصي في جانب المزبور ما يحكم بخلافها ولا يصدق عليهم الغصب حتى يتمسك بقوله كل مغصوب مردود ولذا عبادات الحاصلة مع العين المتلف صحيحة فلو كان غصبا باطلة عباداتهم معها ولو تبين لبعض كون المال لغير من تعلق يده عليه دون البعض فالمالك ان اثبت ملكيته عند الشرع فله الرجوع علي المزبور علي الكل وعليهم الدفع والا علي من يقر بكونه ماله دون الباقين لان ايادي ما تعلق عليه تدل علي الملكية ما لم تبين خلافه والدافع له الرجوع الي من يقربه ولم يكن عند الاتلاف مغرورا من قبله وعالما بعدم اعتبار اذنه من ايادي قبله او بعده علي وجه ما مر الحادي عشر ان المالك لو عفى عن الكل ولم يطالبهم لا سلطنة لرجوع بعضهم الي بعض في المطالبة في صورة التلف اذ لا حق لهم في المطالبة وكذا لو عفى عن بعض فليس له المطالبة عن الاخر وليس للمالك الغاصب لو طالبه ما عفى عن غيره رفع سلطنة الغير عن مطالبة من عفاه واما لو باع او صالح المالك الغرامة او الارش او المثل المتلف بعد التقويم باحد من تعلق يده عليه باقل ما يستحق فهل للمشتري بعد نقص ما استقر في ذمته عن الثمن مطالبة زيادة عما دفع ممن تعلق يده عليه من الايادي لمتاخره او مطالبة ما استحقه المالك من الايادي السابقة لو كان مغرورا ام لا وجهان اوجههما الاول لان الشارع جعل البيع ينقل حق البائع الي المشتري بنفس الشراء يكون ما للطالب لا مانع في اخذ ما يتنفع منه وهو كما لو باع علي غير من تعلق عليه اليد ولو اشتراه باكثر ما يستحق فلا يجوز الرجوع والمطالبة بالزيادة عمن تعلق يده عليه لا اقدامه علي نفسه الثاني عشر انه لو كانت العين خارجة عن المالية بالتدريج ثم تلف كما لو غصب رطلا من الملح او حجر الزناد او دمل الصيام في اليد بعد رجوع المغصوب الي محل وفوره وعدم قيمة له ثم تلف بان مزج بغيره بحيث لا يتشخص فللمالك ان يطالب المتلف مثل ما تلف في مكان ما قبضه عن الغير ويطالب الغير بارجاع المثل الي

المثل الي مقام ما غصبه الي ان يرجع للمثل مقام ما انتقل من المالك الي الغاصب الاول او يطالب الاخر بعد ما اخرجه عن القيمة قيمة يوم الخروج ويطالب الباقي من الايادي السابقة بنقل المثل الي مكان ما انتقل الشيء من المالك وليس له اجبارهم باجرة الرجوع بل بالرجوع الي محل الغصب او يطالب غاصب الاول قيمة يوم الخروج في مكان الغصب او المثل او العين لو كان باقيا في مكان ما غصبه منه وهو يطالب من اقبضه منه الارجاع الي محل القبض الذي يصل حق المالك اليه هذا اذا كان سبب الخروج عن المالية اختلاف المكان واما لو كان ناشيا من اختلاف الزمان كما لو غصب احد ثمرة متربته في غير الايام وغصبه الغير منه وغصب الغير من الغير وهكذا الي ان تلف في الايام اذ ادوا دفع المثل التخليص ذمتهم الي المالك فليس لهم ذلك وللمالك الخيار ان يطالب قيمة يوم الغصب او المثل في فصل الغصب او يبرئ ذمتهم الثالث عشر انه لو غصب احد قطنا وغزله وغصب المغزول منه غيره ونسجه وغصب المنسوج منه غيره وفصله وغصب المفصول منه غيره وخاطه وغصب المخيوط منه غيره واتلفه فللمالك مطالبة كل منهم قيمة يوم التلف والارش ان نقصت قيمته بشيء من ذلك ممن استقر الارش عليه او من يد سابقه ولاحقه لعرق الظالم في الاثار التي توجب من تصرف الغاصب بمال الغير زيادة في السعر فلو طالب المتلف وكان هو مغرورا او مكرها فله الرجوع الي الضمان بما اغترم وان كان يده عادية فلا سلطنة له في الرجوع وان طالب غيره ممن كان مغرورا وغصب المال منه المتلف فله الخيار في اخذ ما اغترم من المغتر او من المتلف وان كان يده عدوانا فله الرجوع الي الغاصب فيما اغترم ما استقر في ذمته ولو كان المتلف يده بيد غير العادي وكان يد سابقه عادي فله الرجوع الي يد العادي ولو كان يد سابقه وبعده غير العادي فليس له الرجوع الي احد منهما الرابع عشر انه لو غصب من الغاصب شيء وزاد قيمته بفعل الغاصب ثم غصبه الاخر وضعف قيمته بفعله واتلفه غاصب اخر فليس للمالك ان يطالب الزيادة ممن لم يكن موجودا في قبضته كما لو غصب بغلة ضعيفة من الغاصب الذي غصبه بالضعف فسمنه وغصبه منه من ضعفه وغصب الاخر الضعيف فاتلفه فليس علي يد المتلف ويد بعده غاصب الاول ارش السمين بل علي من ضعف في قبضه وفي سلطنته علي من حصل بيده الزيادة لو رجع اليه لان الزيادة الحاصلة في مال الغير من دون مزجه يعين تابع المال فحال السمن تعلق التكاليف عليه رده مع

الثمن فيضمن لو لم يوصل الى مالكه بهذه الحالة فلو اخذ المالك الارش ممن سمنه
فله الرجوع الى من اتلف ذلك من قبضته بما اخذ لانه من اتلف السمن في قبضته والربح
الزمن في الطعام فلو سمنه غاصب الثاني وضعفه الثالث وسمنه الرابع وضعفه
واتلفه الخامس فللغاصب الثاني بعد دفع ارش السمين مطالبته من الايادي
المتاخرة الا المتلف اذ لم يكن في قبضته فلا يضمن به العاشر انه لو حصلت
زيادة عينية من مال الغاصب فهو شريك في الزيادة عن قيمة السوقية مال المالك
وماله على نسبة المالين وسيأتي بيانه لان وقوع المال عدوانا في مال الغير لا يوجب
اسقاطه عن المالية فلو بيع ان اربح والا فلا وان اضر فعليه الارش كالصبغ و
خلط الادون في المغصوب بالاعلى او باد فيه او تقارنا احد مصراعين او فردي
الخف بمصراع او بفرد اخر ان كان عند المالك ذا فرد حال الغصب واتلفها
غاصب اخر فللمالك مطالبة حقه من اي منهما شاء فلو غصب احد مصراعين
باب المالك وقارنه الغاصب بمصراعه وغصبه آخر واتلفهما فللمالك
مطالبة غاصب الاول بحقه وارش مصراع ما عنده او يطالب غاصب
الثاني حقه الحادي عشر انه لو حصل نماء منفصل بيد غاصب الثاني
وتلف فليس للمالك مطالبته من الغاصب الثالث لما مر ولا الاول لانه
كان مكلفا برد ما غصبه وتكليفه بالتوابع المتصلة وما يحصل ضرره عليه بتبعيه
وليس حال نماء المنفصل كذلك حتى يكون مكلفا برده تبعا لاصالة البراءة
والاحتياط المالك فلو رد ما غصبه دون النماء المنفصل حاصلا في قبض
الثاني ابرء ذمته وبقي ذمة الثاني مشغولة برد النماء الى
مالكه الثاني عشر انه لو تعددت الايادي فهو يرد المغصوب كل واحد
الى من اغصبه منه الى ان بلغ الى غاصب الاول وتلف لا يرتفع سلطنة
المالك في رجوعه الى كل واحد منهم شاء في مطالبة ماله ما لم يسلط عليه للاصل
نعم لو بلغ المال الى من كان له حق التسليم او قائم مقام المالك او اذن الشارع
في تسليمه اياه وان لم يكن مالكا فبالتسليم يرتفع الضمان لما مر تفصيلا فلو
كان كل واحد من الايادي فاعلا بان من اقبضه منه مالكه فرده لاجل ذلك كان
لهم الرجوع عند مطالبة المالك اياهم الى ايادي السابقة الى ان يستقر الضرر على
المتلف حيث لم يقبضه الى من اقبضه منه ولو علموا بان الذي يسلم اليه المال بيد

يد العادي وما يحكمها ولم تبلغ المال الى صاحبه فما الضرر العين دون مستقر
في ايام وجودها على من الزمه المالك وليس له الرجوع الى ما اضر به للاصل لتقرره
ان الغاصب الثالث قبل ان يدفع المال الى غاصب الاول لو تلف بيده او بيد غيره لم يكن
له الرجوع الى الغاصب الاول لتضمن الزمه المالك بالمثل او الثمن لظهور الاجماع فبعد
ما دفعه اليه مع علمه بانه غير مالكه وبيده يد العادي او لم تبلغ الى مالكه فنشك
في جواز رجوعه اليه لو الزمه المالك فالاصل عدم الجواز او على الجميع قيمة العين
المتلف بدلا واحدا لان غير المتلف قد جعلوا المال في معرض التلف كالذي يسلم
المال الى المجنون فيشارك المتلف في الضرر او على المتلف خاصة لان عند ترتب
الايادي كلهم كانوا مكلفين بايصال المال الى مالكه ولم يكن ذمتهم مشغولة بالمثل
والثمن فبعد التلف قدر المعلوم في استقرار الضمان على المتلف وفي الباقي
مشكوك مقتضى الاستصحاب البراءة في حقهم فيستقر الضمان على المتلف وهو قوي
لقوله من اتلف مال غيره فهو له ضامن الثالث عشر انه لو قبض احد ما لا قيمة
له ممن اقبضه وكان له قيمة وتلف او اقبضه منه غيره وحصل له قيمة وتلف او
قبض من المالك ما لا قيمة للمقبوض فهل للمالك الرجوع اليه ومطالبته بالمثل
او القيمة ام لا وجهان والاوجه ان يقال ان الشيء الذي لا قيمة له ان لم يكن بيد
المالك والعادي عليه او كان مع علم المالك بانتقاله وتمكنه بالانقاذ لضعف يد المتغلب
او عدم ممانعته عن الدفع ولم يأخذه منه فالسكوت في ذلك المقام عرفا اذن
في التصرف فلا ضمان للاصل البراءة معاضدا بالاحتياط في طرف المقابل ولو كان
الشيء موجودا ولم يأخذ من غيره ما دام او معدوما وامتنع القابض في ايام وجوده
عن الرد مع مطالبة المالك اياه او اخذه من المالك او غيره قهرا فللمالك سلطنة
الاصلية على الشيء فله مطالبته ممن في قبضه او تلف في يده لاصالة بقاء توجه التكليف
عليه بالرد الى من له اولوية التصرف في الشيء ومن فروع ذلك انه لو كان شخص على مشرعة
ملأ قصعه من الماء ووضعه في جنبه حضر شخص رفعه وسكبه او كبه [illegible]
كان في حيازته فان طالبه المثل سقط حقه وان طالبه استقر حقه عليه فلو
يبست الشريعة وصار الارض قفارا وحصل في المشرعة للماء قيمة جاز له مطالبة
حقه وان بلغ ما بلغ ثمنه في المشرعة فتدبر الرابع عشر انه اذا اخذ المالك
كان العين موجودا ولم يصل الايادي من تعلق عليها و[illegible] قويا وصولها بعد

متساويا او مختلفا

ذلك بها فللمالك اخذ قيمتها للحيلولة من الجميع تبعيضا او من بعضهم
فليس للمالك مطالبة كل قيمة مستقلا واخذها لان ما ادي للحيلولة كما ادي للعوض
ولا يؤدي اكثر من عوض لمعوض واحد ولا يطالب قيمتين في حال اتحاد تعلق
اليد الحيلولة لظهور الاجماع فكل في تعدد الايادي فليس حاله حال الرهن حيث
يجوز ان تضاعف قيمة المرهون عن المرهون عنه فهل للمالك بعد ما اخذ من
البعض قيمة الكل للحيلولة مطالبة الجميع في رد العين ام لا وجهان اوجههما
الاول للاصل فلو دفع يد الاولى قيمة تمامها فله بناء على كونه كالعوض سلطنة
المالك في اخذ شيء من الايادي سافلة غير المغرور والمكره للحيلولة ومطالبتهم
بالرد ولو كان مغرورا له مطالبة ذلك من الايادي العالية والسافلة العادية
الخامس عشر انه لو تعددت الايادي على العين المثلي وتعذر رد المثل
لبعض دون بعض وطالب المالك من لم يتمكن برد المثل القيمة وقبضها منه
فكان هو ممن سلطنة له على الذي يتمكن برد العين فهل له اخذ المثل وان زادت
قيمته يوم اخذه عن ما ادى الى المالك او نقصت عنه ام ما اضربه من دون زيادة
ونقيصة وجهان مقتضى اصالة نفي الضرر الثاني وتعلق التكليف بدفع المثل
الى المالك لا ينافي ان يتعلق بدفع القيمة بعد ما ادى الى المالك من عليه سلطنة
القيمة لان المؤدي كالنائب عنه فليس له النفع والضرر فيطالب بالمؤدي
اذ هو دافع ما في الذمة لا غير ولو قبض المالك المثل من المتمكن الذي كان
له سلطنة على غير المتمكن فهل له اخذ قيمة يوم الدفع ام يوم الاقباض
بناء على تخالف قيمة المثل فيهما وجهان اوجههما الاول اذ العرف ينزل المثل
قيمة يوم الدفع وينسب الضرر اليه بمقداره ولا يلاحظون الزيادة والنقيصة
السوقية الحاصلة بعد الاداء مع اتحاد نفعة ما في الذمة فيطالب بالمختلف
دون غيره ففي صورة تسوية قيمة الايام لا مانع منه وفي صورة التخالف وعدم
تمكن في يوم دفع الاصل المثل يدفعه اصالة براءة الذمة عن الزائد من قيمة
المثل يوم الدفع والاستدلال بالنقيصة فللمدار على القيم والتعذر على يوم
الدفع المثل السادس عشر انه لو جنى الغاصب على حيوان المغصوب فان كانت
الجناية من موجبات زيادة القيمة كقطع ~~الاحليل العنين~~ وخصيتي
الذبح والفرس ~~[illegible]~~
يستفاد

[illegible marginal notes]

في شطر الاول ... [illegible]

خلاف بعض كما عن الكفاية ومخالفة الشيخ ضعيف لا تخصص القاعدة ضمان الاموال
~~[illegible]~~ ولو جنى الغاصب
عليها دون النفس فان اقصد او عمي او جزم وغيرها مما لا يختص الانعتاق بحال
بفعل المولى اجماعا انعتق وضمن الغاصب القيمة وان كان المباشر غيره استقر
الضمان على المباشر لكن للمالك اخذ القيمة من المباشر او الغاصب فان اخذه من الثاني
فهو يطالب الاول بها ولو كان تمثيلا بان قطع جزء منه غير المالك ففي
انعتاقه قولان قال الشيخ والشهيد يعتق لرواية من مثل مشمولة الى اطلاقه
كل عبد مثل به فهو حر ويظهر من عموم ذكر الفاعل بناء على كونه افعل يجعل
افادة العموم مع كون المبتدأ اسم من الخبر على خلاف القاعدة فلو لا [illegible] ضعفها
ومخالفتها ~~[illegible]~~ لاصالة عدم انعتاقه لعملنا بها ولو مثل
به المولى انعتق للنص والاجماع فلو كان حكمة النص في تمثيل المولى [illegible] جبرا
للمملوك دون عقوبة للمولى لشاع الحكم ولا عبرة بالحكمة المستنبطة لا سيما اذا
كانت مجهولة لمخالفة للاصل فالاقوى لا يعتق بتمثيل غير المولى كل جناية فالمقدر
لديتها في الحر دينها الارش اجماعا واصلا وان زاد على قيمة الحر لكن يقتضي الاولوية
في صورة الزيادة على من لم يلزم على الغاصب الزيادة في جناية النفس لا يلزم فيها
في جنايات الاطراف وكل جناية ديتها مقدرة في الحر فهي مقدرة في المملوك
بحساب قيمته بان يلاحظ نسبة المقدر وقيمة الكل في الحر فيستحق المالك تلك
النسبة من قيمة المملوك فان زادت على الارش او تساويا فلا نزاع
فيه وان نقصت عنه وكان الجاني غير الغاصب فليس على الجاني الزيادة وان
نقصت عنه وكان في قبض الغاصب ففي الزام الغاصب بالزيادة للغصب [illegible]
خلاف السابق جار هنا لوجوده المشترك ونقل عدم القول بالتفصيل في
الدية النفس والاطراف من صاحب الرياض وغيره لا خلاف في صورة عدم
استغراق المقدر القيمة مع بقاء المملوك على القيمة في استحقاق المالك المقدر
والمملوك وانما الخلاف في صورة الاستغراق فعن الشيخ ان المالك مخير بين
تسليمه واخذ القيمة وبين امساكه دون القيمة ويقتضيه رواية ابي مريم
واصالة البراءة بعد امساكه عن القيمة وبطلان الجمع بين العوض والمعوض ونقل عن
الشيخ دعوى الاجماع عليه والمشهور ان المالك يأخذ القيمة والمملوك
اما القيمة فلانه عقوبة عن عيب اوجد في مملوكه واما رد المملوك فلانه كل مغصوب

برير ودولرواية لسمرة فلم يتحقق الجمع بين العوض والمعوض ورواية ابي مريم ضعيفة السند والاجماع المنقول موهون لمخالفته بالشهرة المحققة واصل البراءة لا يقاوم القاعدة فلا مانع من العمل بها اذا غصب مملوكا وجنى عليه غير الغاصب بما يستغرق الدية قيمته فللمالك ان يطالب الغاصب بالمملوك والقيمة او الجاني اخذ المملوك او القيمة من الجاني وليس له ان يطالبه معا اجماعا فان رجع الى الجاني واختار اخذ المملوك فله ان يطالب الغاصب بقيمة العبد الصحيح فقط وان اختار القيمة ودفع الى الجاني المعيوب فله بعد ذلك ان يطالب الغاصب بقيمة المعيوب لا الصحيح وان رجع الى المالك الى الغاصب واخذ منه القيمة والمملوك فللغاصب ان يطالب الجاني بالقيمة للصحيح لما اضره اذا لم تنقص قيمة المملوك بالجناية كالخصي وقطع الاصبع الزائدة اذا لم يكن له مقدر فلا شيء على الغاصب والجاني لظهور عدم الخلاف وظاهر وان كان له مقدر شرعي فالخلاف السابق من الشيخ جار هنا بان للمالك ان يقبل من دون الارش المقدر او يدفعه الى الجاني ويأخذ قيمته نحو القاعدة السابقة تقتضي تسلمه مع المقدر الى المالك اذا تلف طرف من المملوك في قبض الغاصب من دون جناية فلا يتوجه ادلة الجناية على الغاصب فلا يلزم بالتقدير بل بالارش للقاعدة بآفة سماوية او بامر الشارع كقطع يده او بجعل المملوك على طرفه اذ لا مخصص لها يجب العمل عليها ما لم يثبت مخصص في كل مقام

الحادي عشر

[illegible]

عن ملاحظة هيئة الاجتماع محل خلاف في القيمة عادة لو جهل التالف جزء منها يلتزم بقيمة المجتمع مطلقا ام بقيمة جزء المتلف حالة اجتماع مطلقا ام بقيمة جزء المتلف حالة انفراده ام التفصيل بين ما استولى اليد على الكل ثم تلف جزء منه وبين ما لا تستولي اليد على الكل بل الجزء بالزام التالف في الاول برفع الباقي مع ارش قيمة المجتمع ما اشترطه المالك وفي الثاني بدفع قيمة الجزء مع ملاحظة هيئة الاجتماع ايضا او عدم ملاحظة ذلك

وجوه اقواها الاول لنفي الضرر في جميع الضمانات تعلق المتلف يده على المجموع قبل التلف الجزء ام على الجزء المتلف خاصة ام لم يتعلق يده عليه اتلفه بالمباشرة او التسبيب فلو كان رحاء قيمة الطبقتين مجتمعا عشرة وانفرادا قيمة الطبقة الفوقانية اثنان والتحتانية ثلثة مجرد تلف طبقة تتلف عن القيمة المجتمع خمسة وتزيد ما يجمع على قيمة الفوقانية اثنان وعلى التحتانية ثلثة فان اتلف الضامن الطبقة الفوقانية فعليه غرامة السبعة وان اتلف التحتانية فعليه غرامة الثمانية اذ لا عوض ان ما يوجب نقص عن قيمة المتلف بحسب الهيئة على التالف كما في محكومه او مضمونا كالجبر لا يقال ان يد التالف لم يتعلق على المجموع بل على جزء منه فليس عليه غرامة ما ينقص قيمة فرد الباقي من صفة الاجتماعية بل عليه غرامة المستولى المتلف لعموم تعلق اليد عليه كما يشعر به بعضنا والشهيد في اللمعة ولانه لو كان دون قيمة الباقي المنفرد بالغة حد النصاب فغصب الجزء بالسرقة لا يجري عليه حد السرقة كما قالوا لو كان ثمنا تبلغ قيمته حد النصاب دون فرد زوجه فلو ذبحه السارق في حرزه ثم سرقه فلا يقطع يده لان المسروق لم يبلغ حد النصاب فيلزم ان لا يكون ضامنا لنقص قيمة الباقي عن هيئة الاجتماعية لانا نقول لا ملازمة بين الضمان واجراء الحد اذ يتحقق الضمان بالتسبيب دون الحد مقتضى ادلة الضمان يقتضي كون ضامنا بما اضر كما هو مختار والاكثر ضابطته ان يقوم المجتمع وفرد الباقي ويلتزم المتلف بالارش ومقتضى ادلة الحد في المفروض يقتضي عدم الحد حتى في صورة ما كان قيمة الفرد المتلف مع ملاحظة الهيئة الاجتماعية بالغة حد النصاب دون الانفراد هذا اذا لم يكن الشيء عند المالك منفردا والا فلا يغرم التالف الا بقيمة المتلف وان كان منضما مع فرد مال الغير ويحصل قيم من الهيئة لو بيع المركب احد المالكين واجازه الاخر او اجنبيا اقسم قيمة الحاصلة من الهيئة عليهما وذلك لان قيمة الناشي من الانضمان الزوجين لمالكين لم تستقر قبل الوصول فالتالف لاحدهما لا يلتزم الا بالمستقر للاصل فلو تعلق على الرحاء المفروض لمالك واحد او لمالكين مشاعا يد ضامن بان اخذ احدهما طبقة الفوقانية والاخرى التحتانية وتلف الطبقتان من يديهما دفعة فيغرم تالف الطبقة الفوقانية اربعة ويغرم تالف التحتانية ستة ولو تعاونا في حمل الطبقتين ودرهما في ابحر فيغرمان بالسوية ولو تلف الطبقتان من يديهما تدريجا يمكن ان يقال ان

قيمة هيئته الاجتماعية على التالف الاول دون الثاني فان كان تالف طبقة الفوقانية
اولا فعليه السبعة وعلى الاخر ثلثة وان كان تالف التحتانية اولا فعليه الثمانية وعلى
الاخر اثنان لان الضمان يستقر بتلف فرد الاول وان زادت بعد تلف الفرد الاول
قيمة الفرد الاخر بسبب الانفراد (القيمة) ثم تلف فعليه قيمته يوم التلف التاسع عشر
انه اذا كانت العين باقية في ظرف الوجود وكان بين العين وبين من يجب عليه
ردها حايل او قوي احتمال رفع المانع بايام فان كانت من المثليات القابلة
فيلتزم بالمثل للحيلولة ان لم يتعذر المثل والا يلتزم بقيمتها وفي وجوب دفع
قيمة يوم قبض المغصوب او يوم الحيلولة او يوم المطالبة او يوم الاقباض
او اعلى القيم او التخيير للمالك او للغاصب اوجها احتمالات اقويها رابعها لاصالة
بقاء ذمته بدفع العين وهي تقتضي ان يؤدي قيمة يوم الاقباض بدلا عن العين و
اصالة برائة ذمته عما زاد عنه على فرض الزيادة وان ضعف احتمال دفع المانع كما لو
وقع الشيء في البئر العميق متعذر الاخراج او في البحر او في يد الملوك الجبابرة ممتنع
الرد عادة فحكمه كالتلف عرفا نعم لو حكم الحاكم على مقتضى التلف ثم تيسر دفع
العين فان كان قبل العمل على مقتضى الحكم التي بنفسه تعليقي وانه تجري على سبيل
التعليق فلا اشكال في لزوم دفع العين وان كان بعده فكل لكشف بان ما قبضه
للتعويض كان في الواقع للحيلولة فيجري عليه حكم الحيلولة هذا فيما تعذر التسليم و
التسلم واما لو تعذر التسلم دون التسليم بان تمكن الغاصب ان يدفعها و لم
يتمكن المالك ان يقبضها فان كان المال في مقام التلف بان اراد الغاصب الذي غصبه
في حالة اليسر ان يدفعه في حالة لو دفعه الى المالك لغصبه اجنبي منه فورا فلا ترتفع ذمته
بالدفع في مقام التلف للاصل وان كان المال لو سلم بيد المالك لا تتلف فترتفع ذمته بالاداء
وان امتنع المالك عن القبض واما لو تعذر التسليم دون التسلم بان تمكن المالك الوصول
ان يقبض ماله ولم يتمكن المالك ان يقبضه اياه فهل للمالك ان يطالبه به وياخذ
شيئا للحيلولة مطلقا ام لا ام عليه ان ادعى الاقباض الى صرف مال او كلفة او منه
دون السهولة وجوه اقويها الاول لرواية سمع وقاعدة ياخذ الغاصب باشق
الاحوال ولاطلاق قولهم ولو تعذر التسليم دفع الغاصب البدل فتقتضي ذلك وجوب
الدفع على الغاصب وان تيسر القبض للمالك دونه كما لو وقع من يد الغاصب درهم المغصوب
في حوض في السيف والغاصب لا يتمكن من اخراجه لمرض او جرح في رجله والمالك كان
قادرا اخرجه بسهولة جاز له ان يطالب الغاصب الغني درهما وياخذه للحيلولة

للحيلولة وبالجملة ان وجوب العوض على الغاصب بل مطلق الضامن عند تعذر الرد
تثبت بالاجماع وعموم نفي الضرر لانه لولا لزوم الغاصب المالك بالصبر واخذ الاجرة
لاوجب الظلم والضرر اذ ربما يحتاج المالك ان يتصرف في منفعته بوجه اخر او في
عينه بالتلف او النقل بما هو المقصود ولا يندفع بمجرد اخذ الاجرة فالزامه باخذ
الاجرة موجب لتفويت بعض الاغراض والفوايد التي كانت للمالك بالنسبة الى
امواله وهو ضرر جلا يرتفع ذلك الا بان يملك الضامن المالك بدله وهل
وجوبه من باب ان ذمته مشغولة به فلو تاخر في دفع البدل لا لزم عليه الاجرة
كالمغصوب او لا يلزم عليه كالدين ام من باب التضمين كالصدقة المجهولة المالك
اذا تبين مالكه وطالبه منه حيث قبل المطالبة لم تشتغل ذمته بشيء ولا يعد مديونا
لو مات او بما استطاع ام امر تعبدي صرف كانفاق الامام وجلب المضطر وانقاذ الحريق
وادراك الغريق بانه لو لم يفعل فعل حراما واجبا وليس عليه شيء وجوه اوجهها
نشق الثاني وهم الاول اذ المستفاد من فتاوى القوم وادلة نفي الضرر كون
ذمة الغاصب لاجل تاخير الوصول المغصوب مشغولة بدفع العوض وان
لم يطالبه المالك الا اذا عفي عنه المالك وصبر عليه الى حال التمكن واصالة البراءة منفيا
بعموم لا ضرر تقتضي انه لو عصى الغاصب عن دفع البدل لا يلتزم باجرة العوض
ثم ان المالك بمجرد وضع اليد على البدل للحيلولة لا تسقط تسليطه عن ماله
اجماعا ويملك البدل للشهرة والاجماعات المنقولة وعليه لا تشتغل ذمته عند
التمليك بشيء كما في الاباحات فيكون بمنزلة نماء ماله ام تشتغل ذمته به
وجهان مقتضى اصالة نفي الضرر وبطلان الجمع بين العوض والمعوض الثاني
وعليه سقوط حق الغاصب عن البدل ما لم يتحقق التقاضي بتراضي الطرفين الثاني
فيكون كالدين يجوز للمالك ان يتصرف في البدل وينتفع بجميع منافعه لكون ذمته
مشغولة بحق كما ذمة الغاصب مشغولة بحقه ما لم يحصل التراد او التهاتر فاذا كان
الغاصب مشغولة ذمته باداء المغصوب للاصل والاجماع واطلاق رواية سمع
فاذا تمكن باداء المغصوب الى المالك يجب دفع البدل فلكل منهما الرجوع واجبار
الممتنع ان لم يتراضيا بالتهاتر الحقين الذين لهما ويرتفعان بتراضيهما فاذا
كان البدل موجودا يجب اداء المغصوب وابراء ذمة الغاصب لا اشكال في سلطنة
الغاصب على البدل كتسليط البايع بالشرط برد الثمن في زمان الخيار على
العين بناء على المختار وانما الاشكال في صورة تلف البدل لنقل الاجماع على عدم سلطنة

[illegible]

الغاصب في مطالبته وهو خلاف الاصل وعموم نفي الضرر فالاقوى ضمانه له مطالبة
البدل عند ادام المبدل حتى في صورة التلف ثم انه اذا وصل الى المالك من دون
مؤنة وكلفة ومنه بهبة او بيع او سرقة او تلقف المالك بالمباشرة او التسبيب
كما اذا اعتق عبد الابق من يد الغاصب او باعه مع الضميمة الى من اعتقه او تلقفه حيث
طائر الذي طار من يد الغاصب او وقف ارض المغصوبة او امر بحلوله بتلف مالم يجهل
وخفاء او يجوز الا فللغاصب ان ياخذ البدل اذ بعد ارتفاع اشتغال ذمته
بالمذكورات يبقى ذمة المالك مشغولة بالبدل من دون مقابل فيجب عليه دفعه
فورا ولو عصى وتاخر الدفع مع التمكن فعليه الاجرة لعموم نفي الضرر واما اذا انتقل
المال اليه بعوض كالبيع او الصلح او الاجارة ونحوها فعلى الغاصب غرامة ما اخسره
والا لكان ان يبقى بيده على البدل الى ان يؤدي الغاصب اليه ما اخسره للاصل بالنسبة
الى المالك والغاصب مقتضى ذلك [illegible] الحالة من البدل لعدم وصول الحق للمالك واما
اذا اخذه المالك من غاصب الاجرة اجارة او عارية او رهنا او وديعة بعد
ما استقر يده عليه ظلما او شرعا بان اقر الغاصب بكونه ماله وحكم الشارع برفعه
اليه فبعد الدفع عجز المالك عن الشهود ولم يسمع قول الغاصب بعد الاقرار وعدم
تبين كذبه فلما لم يستقر يد المالك على ملكه مع احتمال القوي يستقر بعد ذلك
يبقى الحق في ذمة الطرفين باقية للاصل فللغاصب مطالبة البدل واما
اذا انتقل المال الى المالك بهبة او صدقة او وقف من الغاصب الثاني او على سبيل
الاجرة له في الخارج تبرع ذمة الغاصب عن حق المالك لعدم تحقق خسارة على
المالك طريق الوصول ويستحق حقه للاصل فيجب [illegible] على المالك رد ما اخذه الحيلولة
فورا مع الامكان ثم انه لو تلف المغصوب بعد اخذ البدل فان كان قيمة البدل
قيمة المبدل في يوم التلف مساو فينقطع يد الغاصب عن البدل بالتهاتر قهرا وان نقصت
القيم يوم التلف للمبدل لاجل نقص في العين او الوصف فللمالك ان يرجع بالبدل بالتهاتر
اذ لو تزيد ارش المبدل على قيمته تقابل قيمة البدل فكالسابق يحصل التهاتر وان
نقصت لاجل تغاير قيم السوقية مقتضى عدم غرامة على الغاصب ان يستحق هو
ما زاد عن قيمه يوم التلف اذ لا تهاتر فيه وان زادت قيمته في يوم التلف للسوق
او زيادة في العين بان كبر او سمن [illegible] بان كان [illegible] المغصوب فعلى
الغاصب غرامة الزيادة وان شك في انه زادت او نقصت في يوم التلف ولم يحصل
العلم العادي بهما فالاصل بقائه على ما كان العين والقيم واما اذا انقلبت العين

المغصوبة كما اذا كان بيضا ففرخت او حبة فخضرت او الخشب [illegible] فحما
فان كان الانقلاب مما يوجب نقص القيمة فالاصل يقتضي بقائه في ملكية المالك
وان لم يوجب نقص فعلى الغاصب غرامته ودفع المقلوبة ان لم تخرج عن المالية
وهو مذهب المشهور ونقل عن الشيخ في الزرع الحبة والفرخ البيض ان يملك
الغاصب بهما والظاهر انه جعل الانقلاب كالتلف وكصورة التلف يبقى قيمة المقلوب
وبالجملة لما حكم الاجماع بان مجرد دفع البدل لا يوجب خروج المغصوب
عن ملكية المالك فلابد ان يلزم الغاصب نمائه المتصلة او المنفصلة وفي
صورة النقيصة بالارش وان دفع البدل وادعي كذبا تعذر الرد ثم انه
لو تيسر رد المغصوب بعد دفع البدل للغاصب فهل يجب على الغاصب دفعه
الى المالك قبل ان يصل اليه البدل وان علم بعدم وصول البدل اليه لو سبق في
الدفع كالودعيين بانه لو طلب احدهما وديعته يجب على الاخر رده وان علم بانه لو سبق
في الرد تتلف وديعته ام له ان يبقيه عنده الى ان يدفع اليه البدل لئلا يجتمع
البدل والمبدل في السبق وجهان قد مال الى الاول سيدنا وقال اذا لم يحتمل عند
الغاصب تلاف البدل بسبق التسليم فالخطب سهل وان احتمل فيجب عليه دفعه
لان الظالم لا يظلم وفي النظر ان الغاصب ان لم يحتمل عنده تلف حقه فله الخيار في
السبق للدفع [illegible] وجوب التدافع الفوري العرفي وان احتمل عنده تلف
حقه بسبق الدفع مقتضى الظالم لا يظلم ان لا يكلف بسبق الدفع بل [illegible] فله ان يبقيه
عنده الى ان يتحقق تدافع العرفي لكن يضمن لو تلف قبل الدفع من يده للاصل
وليس له ان يتصرف فيه ثم انه لو قبض المالك البدل وانقبه بتوديعه
الغاصب بانه لما وجدان الرد مع وجب عليه الضرر ادعي بتعذره مثلا كان المغصوب
خشبة نصبها الغاصب في اساس الدار او السفينة او الرحا فللمالك ان يرفع
البدل ويقبض المبدل ويأخذ الارش ايضا ان عابت بفعل الغاصب لان المغصوب
مردود والغاصب يؤخذ باشق الاحوال ولقوله الظالم لا يظلم لا يوجب رفع
سلطنة المالك عن ملكه ولا يبعد عدم عده ظلما ولا اشكال في تحقق التهاتر
لو تلف البدل والمبدل او المبدل فقط [illegible] قيمة المبدل يوم التلف بالبدل للزوم
[illegible] يطالبه على الخيار ثم انه لو كان البدل من المثليات واتلف المغصوب فمن
او اوجب رده ضرر عليه لاجل ما تصرف فيه واقبض من الغاصب بعد قبض البدل
المبدل وتاخر في اقباض بدل البدل فان تعذر المثل فيحصل [illegible] دفع القيمة [illegible]

الاثم وان لم يتعذر المثل يمكن ان يلزم المالك اجرة المثل ايام تاخير الدفع العوض
ان حصل عرفا اجرة من التاخير لا سيما اذا تمكن من دفع المثل من دون تعسر وامتنع
لان الظالم لا يظلم اذا دفع الغاصب جزء المغصوب او تمامه كذلك ان لم يدفع ما بازائه ام
لا مع الامكان وجهان اوجههما الاول لان بقاء يده على ما بازائه ظلم والظالم لا يظلم
ولو امهل المالك الغاصب في بقاء المغصوب عنده فلو تلف في الاثناء فهل يده يد ضمان
ام امان وجهان مقتضى الاصل ودعاية سمرة كونه ذمة الغاصب مشغولة الى اوان
تسليم التام ففي المنقولات برء الذمة بالاقباض وفي غيرها بالفعل التخلية والانتقال
بلا مانع نعم لو اوقع الغاصب المغصوب في مقام تسليم التام عرفا فامهله المالك تالله انه بقيه
عنده امانة او عارية عن المطونة او وديعة فهو لا يضمن بالتلف بل بالاتلاف
فينبغي ان يحكم من سلم المال الشيء الامانة اذا تعددت الايادي في المغصوب و
تعذر ان لو وجد على الكل مع احتمال القوي ان من تقع الغير فللمالك ان يطالب البدل
من ايهما يريد منهم فان قبض من احدهم فليس له ان يطالب الاخر لمنع اجتماع البدلين
لمبدل واحد او من الجميع بنحو الاصل او من بعضهما على كيفية ما مر في مطالبة العوض
المتلف وللدافع البدل ان يطالب بساقط بعوض ما دفعه بدلا ان لم يكن غارا
ويطالب بيد سابقه به ان كان مغرورا فان تلف المغصوب ثم اتى البدل او
تيسر الايصال لاحدهم فهل يجب عليه دفعه الى من اخذ منه البدل ويسترد بدله
او الى المالك وجهان مقتضى نفي الضرر ان يقبضه الى من اخذ منه البدل ويقبض بدله و
هو يكل الى ان يصل الى المالك وانصراف الاجماع المنعقد في باب الوديعة في لزوم رد الوديعة
المغصوبة الى المودع اي المغصوب منه دون المودع في صورة ما اخذ المالك من الغاصب
البدل والغاصب من المستودع ممنوع لان المالك قد قبض ما بازاء ماله فلو سلم اليه المال
جمع عنده المالين اذ لم يتمكن هو ان يسلم بدل الغير في هذا الفرض الى الدافع لرواية سمرة فربما
يحصل الضرر على الدافع فيشمله رواية سمرة ونفي الضرر ان يدفعه الى من اخذ منه البدل ويأخذ
بدله نعم لو علم بعدم اخذ المالك بدلا من الغاصب يمكن ان يحكم بدفعه الى المالك دون
من قبض منه البدل وان علم بانه يستقر بالبدل اذ لا يجوز اضرار المظلوم والتصرف في ماله
في طريق الحصول الى الحق فيندرج هذه الصورة تحت الاجماع المذكور ولو شك في انه
وصل الى المالك البدل ام لا فالحكم فيسئل المالك فان قال بالوصول البدل فيعمل بمقتضاه
وان قال بعدمه سمع منه لو قاسمه بالاصل فيدفع اليه ماله ويطالب عما اخذ منه البدل البدل
ثم ان فوائد البدل للقابض بالحق لانه بمنزلة ماله الى ان يصل اليه المبدل ولو قبض

بتمامه

قبض المبدل وتاخر تسليم البدل بحيث عد العادة للاجل فسقط التزم المالك به لصاحب
البدل لنفي الضرر وفوائد المبدل التي حصلت في ايام الغصب الى يوم اقباض البدل
بيد المالك على الغاصب بلا خلاف يظهر وادعي عليه الاجماع واما الفوائد التي حصلت
في ايام الحيلولة فلا يلتزم الغاصب بعد دفع البدل بها على الاقوى للسيرة والشهرة
واصالة البراءة مؤيدا باصالة الاحتياط في الاخذ ولان الفوائد تابعة للعين ولا
ضمان على من سلم البدل في تلف العين فيلزم عدم ضمانه في تلف لوازمها نعم لو
ادعى الغاصب تحقق الحيلولة كذبا او دفع البدل للحيلولة وانتفع بالمغصوب فالتزم
بمنافعه ايضا لانه تصرف في مال الغير عدوانا كما في صورة تعدد الايادي يختص المالك
بعد ما اخذ البدل وما ترتب على يد الاولى فوائد المترتبة في ذمة الايادي المتاخرة
فاغتنم واستخرج حكم ما يرد عليك في هذا المقام مما مر الثاني عشر
اذا غصب فحلا وانزاه على الانثى فلو نقص قيمة الفحل بالضراب لا للسرقة فعلى الغاصب
غرامته لنفي الضرر ولظهور الوفاق وليس على المالك غرامة ما اطعمه الغاصب
للاصل ولانه اقدم على ضرر نفسه حيث اباح ماله لمال الغير وعليه اجرة الضراب
ان كان لضرابه اجرة عادة وما نقل عن النبي ص في النهي عن الضراب محمول على الكراهة
للسيرة والاجماعات المنقولة على عدم حرمة الضراب فلا مانع في الزام الغاصب
بالاجرة ومخالفة الشيخ لا تقادم نفي الضرر وهل ولد الحاصل من نزائه للمالك
الفحل ام لمالك الانثى او الفحل او لهما معا احتمالات يمكن ان يقال ان ولد الحيوانات الغير
الناطقة كنماء الاشجار فلو سقى بماء المغصوب الحاشية فالثمرة منصرف الى المالك
الحب ويمكن ان يقال ان الولد خلق من ماء الفحل فهو كالخضرة النابتة من الحبة المغصوبة ومزرعة البيضة حيث
ترد الى المالك البيضة والحبة ولا يملك بهما الغاصب على المشهور ويمكن ان يقال
انه خلق من ماء دافق يخرج من صلب الفحل وترائب الانثى فالولد لهما كما قالوا
لو قاد عبد امة باذن المالكين او بغير اذنهما فالولد لهما باشتراكه اقواها
الاول للاجماع محققا ومنقولا والسيرة وعليه الاجرة الكروة لو كان له كروة
عادة كالكديش حتى كروة طريق الوصول بل لو حملها احطاب المالك لانه تصرف
بمال الغير بغير اذن ومجرد الحمل الحطب على الدابة المغصوبة لا توجب تمليكه
المالك وكذا الصيد الكلب المغصوب للصياد لا للمالك لان العرف يعده كالالة
وينسب الفعل الى الفاعل واجراء اصالة عدم الملكية في المالك الدابة والكلب اقوى
من اجل نهما في جانب الفاعل العرفي نعم لو كان المغصوب عبدا او احتطب فينسب

الحطب الى العبد ويرجع الى المالك لان العبد وما في يده لمولاه ولو اجره الغاصب
الى جاهل فان اجاز المالك يستحق الاجرة وانه لم يجز فتفسخ الاجارة ويطالب
المالك الاجرة من ايهما شاء والمغرور يرجع الى الغار فيما اغرم لا فيما استوفى بيده
به وانتفع به عادة وما لا اجرة له في العادة لا يلتزم الغاصب باجرته
اذ لزوم دفع الاجرة على الغاصب من باب الملازمة ففيما يحكم العرف بعدم اللازم
كيف يمكن ان يلتزم به الغاصب فالاصل براءة ذمته عنه ولو استوفى الغاصب
من المغصوب زايدا على اجرته السوقية فهو للمالك ثم انه لو
غصب ماله اجرة وبقي في يده حتى حصل نقص في العين كما هزل دابة
او اخلق ثوبا فهل يلتزم الغاصب بالاجرة والارش معا ام باحدهما فقط ام
باعلى القيم ام بالاجرة وما يزيد عن نقص المستلزم الاستعمال المأجور
عادة احتمالات واعلم ان ماله اجرة في العادة يلتزم بها الغاصب اجماعا
واصلا فان لم يحصل نقص في العين فيلتزم الغاصب بالاجرة وغائب المتصلة والمنفصلة
ان وجد فيه نماء وان نقص العين ولم يكن له اجرة عادة فيلتزم بالنقص اجماعا
واصلا وان اجتمعا في موضوع ولم يكن النقص من مستلزمات الاستعمال عادة
بل نشأت بتفريط الغاصب او بافة سماوية اتفاقا كما لو غصب دابة واستعملها
او حبسها الى ان هزلت فعليه الاجرة والارش اجماعا وقاعدة وان كان النقص
من مستلزمات الاستعمال كخلق الثوب فلا اشكال في الزام الغاصب
بالاجرة سواء استعمله ام لا وانما الاشكال في استلزامه بارش النقص الحاصل
في ضمن الاجارة عادة مثلا لو تقوم الثوب الذي تخرق لو لبس سنة
وكان قيمته اربعة شاميا في شهر ربيع شامي فلو لبسه الغاصب سنة
فهل عليه ثلثة شاميا اجرة الثوب فقط ام عليه خمسة شاميا قولان ففي
بعض الفقهاء اختيار الاول والمشهور بين الاصحاب الثاني على ما نقل تمسكا بان
الغاصب يوخذ باشق الاحوال ولان النسبة بين الارش والاجارة عموم من
وجه والامر المتعلق بكل منهما اخر الامر بحسب المراد فاذا لم يثبت اتحاد المراد ففي
موضوع الاجتماع يقتضي الاصل تعدد التكليف لاسيما في المعاملات دون التداخل
واكثر الامرين وسيدنا مال الى الاول وقال ان المقومون الاجرة يلاحظون
في ضمن الاستعمال هذه النقص فيحكمون بالاجرة فلو اخذ اجرة لاداء النقص فاخذ
الارش مستلزم لاخذ الغرامتين لمغروم واحد وهو منفي باصالة نفي الضرر وباصالة

واصالة البراءة في جانب الغاصب والاحتياط في جانب المالك وبان الظالم لا يظلم
وبان السيرة على عدم مطالبتهما معا فالامر المتعلق بدفع الارش مندرج في تحت
الامر الاول او حيوثه المقومون وبان ظهور الاجماع على عدم الزام المطلق الشيء الواحد
قيمتين فهو قوي ثم انه لو غصب دابة وعرضها عيب بعد مدة فعلى الغاصب اجرة [illegible]
في ايام الصحيح واجرة الناقص ايام المعيب لان الناقص لا يستلزم اجرة الصحيح فيتبعض
~~[illegible]~~
الثاني عشر ~~يبحث ما تبين حكم~~ [illegible]
~~[illegible]~~ في صورة ما زاد المغصوب في تحت يد الغاصب بفعله
او فعل الاجنبي او ~~[illegible]~~ او بعد ذاته فاعلم ان الزيادة اما اثر فعلي واما
اثر مالي والمقام يقتضي الكلام في المقامين و التذكر او الكيفية وجوه الاول
فاعلم انه قد يمكن رد المغصوب الى صورته الاصلية من دون تحقق نقص في العين
عادة وزمانا كالحرير والسباعة والصف المنتشر لو اجتمعت بفعل الغاصب
او المغرور فلا اجرة في الفعل وليس للفاعل ارجاعه الى صورة الاولى اذ تصرف
الثاني تصرف في مال الغير من دون تحقق حق عيني له فيه فهو حرام نعم لو رده الى
الصورة الاولى حرزه فعلى الحياء وارتكب فعلا محرما فلا شيء عليه للاصل
في جانب الفاعل البراءة وفي جانب المالك الاحتياط ولصدق الاداء ولكسيره ولان
الزاهبة عرفا والظالم لا يظلم فلو قيل ان الهيئة بمجرد حصولها للمالك
فيستحق قيمة الهيئة المجتمعة لا المنتشرة فان نقصت بفعل المتلف فعليه
الغرامة لقلنا ان ملكية الهيئة بمجرد حصولها مشكوك لاحتمال ان يكون
معلقا على الرد مجتمعا فالمستصحب مشكوك فلا يجري الاستصحاب فلو تلف
قبل الرد فالقاعدة تقتضي ضمان الصورة المنتشرة لا المجتمعة ان لم يتحقق
الاجماع على خلافه وقد لا يمكن رد المغصوب الى صورته الاصلية كتفصيل
الطاقة ثوبا والخشب بابا وكذا سحق الورق والحبة وخبز الطحين وتعليم
العبد المغصوب الصنعة ونحوها فان نقصت قيمته بشيء من ذلك ضمن الارش
وان زادت بفعله فلا حق لا رق الظالم ولا يظلم بالتلف على المختار لما مر وقد
يمكن رده الى صورته الاصلية لكن يوجب نقصا في العين عادة او اتفاقا كالسبيكة
والنساجة ورد الدابة الى مالكه مع الارض القفار الموجب لضعف غالبا وخياطة
الثوب المفصلة بخيوط المالك وصف الحصير والبورية والمصحف
ونحوها فليس للفاعل على المالك الاجرة ايضا وليس له ان يستبدل الهيئة الحاصلة الموجبة

زيادة في القيم فلو تلف فليس عليه ضمان الزيادة على المختار بل ضمان الهيئة المأخوذة في يوم
التلف ان كان بمباشرة الغاصب ظاهر فلو امر الغاصب برده الى صورته الاصلية فان
لم يتعلق به غرض عقلائي فلا يجب سماعه للسفه ولا يجب سماع قوله [illegible] وطريق الرد
ان كان مما يوجب نقصا في العين اتفاقا فعلى الراد غرامته بلا اشكال وان كان مما
يستلزم النقص في العين عادة ففي الزام الغاصب بارش العين الناشي من امر
المالك اشكال توضيحه ان المالك اذا قال تبدل المغصوب الى هيئته الاصلية فالغاصب
ان لم يستلزم عادة التبدل نقصا في العين بل من باب الاتفاق [illegible] عند
الاتحقق النقص في العين فاذن لا [illegible] ضمان الارش عرفا كما لو قال رد
المنسوج الى الغزل عند زيادة قيمة الغزل عن المنسوج او المصنوع من الحديد او
الصفر او الفولاد والفضة او الذهب الى الهيئة الاصلية اذ الرد عادة موجب نقصا
في العين فان صرح بعدم ضمان النقص الحاصل في طريق الرد في العين على المالك او قال
صرح بكونه ضامنه فلا كلام وان اطلق فان كان كلامه مشعرا في احدهما اشعارا
عرفيا فكالاول والا فهل مجرد الاستلزام النقص في طريق الرد موجب لرفع الضمان
عن العين لاجل الاذن في الهدم لا وجهان اقواهما الاخير لاستصحاب ضمان الامر
بالضمان قبل الرفع ولنفي الضرر ولان الغاصب ماخوذ باشق الاحوال ولا يضمن
قيمة الهيئة الناشية مع العلم هنا اجماعا لاذن المالك في الهدم المقام
الثاني في الزيادة العينية وهو قد يكون نفس العين في المغصوب باقية وصفا
عماله قيمة عرفا وقد لا يكون نفس العين باقية بل اثر العين باقية كالصبغ فالزيادة
المالية للغاصب وليس حاله حال سمن الدابة وتعليم الصنعة للعبد المغصوبة
لان الاثر في الاول ليس اثرها [illegible] التبن والشعير فان اطعمها [illegible]
التلف وفي الثاني اثر الفعل باق ولا يستحقه لحرمة نشاه وظهور الاجماع فيه
بل لمجرد دخول مال الغاصب في مال المغصوب منه لا يوجب خروجه عن ماله
الاصلي فيكون شريكا مع المالك لا يقال ان القوم جعلوا اللون في باب الطهارة
من الاعراض مقابلا للعين وحكموا بطهارة اللون الناشي من النجاسة بعد زوال
عين النجاسة بطهارة شرعية وجوزوا الصلوة معه واستعمالها رطبا وفي المقام
جعلوه مقابلا للاثر وعدوه من الاعيان لانا نقول جعلوه مقابلا للاثر
الفعلي وحكموا بمالية اثر الحاصل من المال وهنا في صدد بيان ان الاثر لا يستلزم
ان يتبع المؤثر في الحكم لان احكام الشرع دائر مدار عناوين شرعية ومصاديق

نعم كلام المعظم اذا زادت قيمة المغصوب بفعل الغاصب فان كان اثرا فلا
شيء للغاصب ولو نقصت قيمته بشيء اي بفعل ضمن الارش [illegible] واذا لم تنقص
قيمته فلا شيء عليه وصرح الشهيد بذلك في اللمعة ولا يشمل ادلة لا ضرر عليه حتى
يجب الارش النقدي [illegible] ويصدق عليه عرفا الاداء فالاصل براءة ذمته من الارش
النقدي [illegible] والاحتياط يقتضي عدم مطالبته منه ولو كان المغصوب حيوانا ف
جنى عليها الغاصب او الاجنبي او من [illegible] مع الارش ولو كان الجاني
اجنبيا فللمالك ان يطالب الارش من الغاصب او من الاجنبي فان طالب الغاصب
فله ان يطالب الارش من الجاني لاستقرار الارش على المباشر وان كان المباشر
هو المالك فلا ارش على الغاصب ولا فرق بين بهيمة القاضي والشوكي فيما ذكر
اجماعا وخالف فيه بعض من يعمل بالاستحسان كاحمد ومالك [illegible] حكموا في الجناية
على بهيمة القاضي بالقيمة وياخذ الجاني العين نظرا الى ان المعيب لا يليق بمقام القاضي
مقتضى هذا الدليل الاستحساني لزوم القيمة في كل معيب لا يليق رده الى المالك
وحكى الشيخ في المبسوط والخلاف عن الاصحاب في عين الدابة نصف قيمتها وكذا
كل ما في البدن منه اثنان قياسا بجناية الانسان بحيث يظهر منه دعوى الاجماع
ونقل انه علي قضى في عين الدابة ربع قيمتها وروي عن الصادق ما يفيد ذلك
ونقل عن النهاية والخلاف افتاء به ويستفاد من رواية ابي ولاد ان المرجع
الى الارش السوقي ويوافقها مذهب المشهور وان الحيوان من الماليات و
القاعدة المستفادة [illegible] عند الفقهاء في الماليات الارش السوقي ولا تقدير
في قيمة شيء من اعضاء الحيوان والروايات الدالة على ربع قيمتها لا تقاوم ما
ذكر [illegible] على صورة [illegible] الارش السوقي لربع قيمتها [illegible] اجماع المنقول
عن الشيخ موهوم [illegible] ولا عبرة بالقياس اذا كان المغصوب عبدا او امة وتلف
او عاب ففيه صور اذ العيب والتلف اما حاصل من قبل الغاصب او الاجنبي
او من قبل الله وعلى تقادير العيب اما مما لا يوجب النقص في القيمة وعلى الثاني
ان في العبد ما لنقص [illegible] فيه او له مقدر شرعي وعلى الثاني ان المقدر اما يساوي قيمة
[illegible] الارش [illegible] قيمته وعشر [illegible]
وتحقيق المقام قبل بيان [illegible] على ان [illegible]
العبد اصل [illegible]
[illegible]

انما الكلام في تقدير جناية العبد بانه حكم بما كان
من دون عن جناية المملوك على نفسه وجناية المالك والماذون عنه من التقسيم
والوجه الحاق الاول بالموت والثاني بعدم لزوم الديه على الغاصب فالشرع الى
بيان احكام الصور المذكورة اذا اتلف المملوك غير المالك من دون غصب على المتلف
قيمة المتلف ما لم تتجاوز عن قيمة جناية حر الذي في ملته والا عليه قيمة الحر للصحيح
عن الصادق دية العبد قيمته وان كان نفيسا فافضل قيمته عشرة الاف درهم
لا يتجاوز دية الحر وليس لبيان حكم الموضوع لعدم كونه من شانه ويستلزم الكذب
لو وجد عبدا عالما بعلم الصنعة وتجاوزت قيمته على المذكور وفي اخر عنه ايضا
اذا قتل الحر العبد غرم قيمته وادب قيل وان كان قيمته عشرين الف درهم قال
لا يتجاوز قيمة العبد دية الاحرار ونحوه حديث ابي الورود وفي المرسل
عن الايضاح ان العبد لا يتجاوز بقيمته دية مولاه واذا اتلف الغاصب فالمشهور
عليه قيمته ما لم يتجاوز دية الحر عشرة الاف درهم وخمسة الاف دية الحرة وادعى
عليه الاجماع الفرقة واخبارهم ولم نر سوى الاخبار المذكورة وظاهرها في بيان
حكم الدية من حيث هي اذ لا تناقض مالو قال الشارع ان دية العبد لا يتجاوز دية
الحر مطلقا ولو كان الجاني غاصبا فعليه ما زاد عن دية الحر للغصب ودية الحر
للجناية فتكون النصوص واردة في مورد مسئلة السابقة دون اللاحقة ولذا
قال الشهيد الثاني في تقديرات الديات بعد بيان حكم مسئلة الاولى ويستثنى من ذلك
ما لو كان الجاني هو الغاصب فيلزمه القيمة وان زادت عن دية الحر وعلل في الغصب
في مسئلة الاتية ان ضمان الغاصب عن جهة المالية فيضمن ما فات منها مطلقا
وضمان الجاني منصوص فيقتصر عليه حتى لو كان الجاني هو الغاصب فيما لم يقدر
شرعا فالواجب عليه اكثر الامرين من المقدر الشرعي والارش وحكم في العبد وان كان
من الاموال العموم على اليد على ما اخذت حتى تؤدي وتوافقه كاشف اللثام والرياض
في قتل ... وعلى ذلك الحقق في الشرائع فهو قوي ومنقول الاجماع في الغنية
للقاعدة موهونة واذا اتلف غير الغاصب بالقتل فعلى القاتل قيمته ما لم يتجاوز دية
الحر لما ذكر في المسئلة الاولى ولو تجاوزت فالمحق على القاتل دفع الزيادة بل على الغاصب
دفع الزيادة وعلى القاتل دية الحر اجماعا محققا ومنقولا ونصا واصلا فللمالك
يطالب الدية من القاتل او الغاصب فلو طالبه فهو يرجع الى القاتل لما مر انفا واذا مات في
يد الغاصب ... او هو تسبب لقتل نفسه ضمن قيمته ولو تجاوزت قيمته دية الحر بلا خلاف

ومصاديقه العرفية فاللون الباقي بعد رفع النجاسة ليس بنجاسة ولا يصدق عرفا
عليه النجاسة بعد القطع بزوال العين فلا يجري فيه احكام النجاسة فلا تناقض
بين قولهم في المقامين لا يقال مقتضى كون اثر المال مال المالك المؤثر لو صبغ الغاصب
لحيته وجدب يد المغصوبة فلا يجوز له الصلوة اذا الصلوة مع مال المغصوب
باطلة لانا نقول انصراف النهي عن الغصب في الصلوة الى ذلك ممنوع عرفا فلا مانع
ان يكون صلوته عرفا صحيحة ويقوم قيمة الحنة او اللون لعدم وصول المالك
الحق ولو غصب عبدا او امة او فرسا او غيرها وصبغ شعرها فقد لا
يستحق اللون فله قلعه ان قبل القلع تفصيل الكلام في الصبغ ان الشيء المغصوب
اما يصبغ بحمرة الغاصب او المالك او الاجنبي الجاهل او العالم بيد الغاصب او
المالك او الاجنبي او بملاقات الشيء بان رفع الريح الشيء ووقع في الحمرة او
اصفره الدخان وعلى التقادير ان الصبغ اما موجب لنقص قيمته السوقية
او لزيادتها او غير موجب لهما وعلى التقادير اما يمكن رفع
الصبغ او لا يمكن فعلى فرض الامكان اما الرفع اما موجب النقص في المغصوب
او لا وعلى كلا الصورتين اما يجب الرفع لا يمكن الانتفاع باللون المرفوع
او لا يمكن كما لو صبغ شيئا ولم يذهب امكن غسله ويتنقش المغسول بشيء
اخر اذا كان الصبغ موجب النقص في قيمته فان كان مما يمكن رفعه ولم
يوجب نقصا في العين المغصوبة فالغاصب مخير بين ان يرد قيمته او يدفع الارش
ويلحق به المالك او ضرر المالك يدفع ملخصا وان اوجب الرفع نقص في
العين ولا يمكن رفعه بحيث يحصل في اللون فائدة فليس للغاصب خيار الرفع
السبع والمالك خيار لان ياخذ الارش بعد الامر برفعه او قبله وفي ... ثم
به وان اوجب الرد نقص ولكن في اللون فائدة بعد الرفع
في الرفع الملون وان كان مما لا يمكن رفع اللون فيستحق المالك الارش النقص خاصة لقبح
التكليف بالرفع هذا في صورة كون الصبغ من الغاصب وحصل الصباغة بفعله او
بملاقاة السماء ولو كان بفعل الاجنبي فالغاصب ان يرجع اليه بما اخذ منه ان لم يكن غاصبا ولكن
لو كان الصبغ من الاجنبي
المباشر للصبغ فلصاحب الصبغ ان يطالب من امتزج بالصبغ اذا كان جاهلا بالغصب
ولو كان الصبغ من المالك فله ان يطالب قيمة الصبغ مقدار ما امتزج به

واذا كان الصبغ لا يوجب النقص في قيمة العين فان كان مما يمكن رفعه ولم يوجب
نقص في العين المغصوبة فللمالك مخير ان يامر الغاصب برفعه لظهور الاجماع وان
يرض بالشركة ان كان له قيمة والغاصب ايضا مخير بين ان يرفعه لان الناس مسلطون
على اموالهم وان يرضى بستجيب رضاء المالك بالشركة او الهبة وان كان مما يمكن
رفعه ويوجب نقص في العين فللمالك ايضا مخير بين ان يامره بالرفع واخذ الارش
وان يرضى بالشركة وليس له ان يجبر الغاصب باخذ قيمة اللون لما يتبين انشاء
ولو رضى المالك ببقائه ولم يكن في الرفع فائدة فيجب على الغاصب اجابته لان الرفع
سفه والتصرف في مال الغير بلا فائدة قبيح عقلا ومنهي شرعا فيشارك المالك
ان كان للصبغ قيمة انا او عرضا وان كان في الرفع فائدة ولم يرض الغاصب ان يبقى
اللون في مال المغصوب فيلاحظ الضرر وبقاء اللون والضرر الموجب على العين عند الرفع
فان كان احدهما اقل ضررا فيرتكب لنفي الضرر في الزيادة وان تساويا تخير الغاصب
للمالك وجهة انهم وان كان مما لا يمكن رفعه فان كان في اللون قيمة بمعنى ان اللون
مزيد في قيمة المغصوب فيتشاركان فيه قيمة ولو اراد احدهما الصاحب تقويمه لم
يجب على الاخر اجابته للشهرة والاصل وان لم يكن في اللون قيمة فاللون صفة تلف ويعطل
فلا حق على المالك فيجوز له استعماله مع اللون بلا تسلط حقه ويفيد ماله كالوردي
ماء الغير الذي لا قيمة له في غدير الاخر من دون اذنه نعم لو كان في اللون قيمة شانا بمعنى
غالب الاحوال له قيمة فلا يستهلك حقه [illegible] وله سلطنة في اللون لصدق المال على
ذلك هذا [illegible] الصبغ من الغاصب وحصل الصباغة بفعله او بجلامة السماء
وكذا لو كان بفعل الاجنبي ولكن للغاصب ان يطالبه بما اضر به عرفا ان لم يكن غارا
ونفس الحكم في صورة كون الصبغ من الاجنبي من المالك ولو كان الصبغ من المالك
ولم يحصل بفعله فله ان يطالب الغاصب والفاعل في صورة لم يكن فعله موجب لزيادة
القيمة بقيمة الصبغ لانه مضرت مال الغير وفي صورة كون فعله موجب لزيادتها فان
كان قيمة الصبغ واللون مساويا او اللون زايد فالاصل براءة ذمة الغاصب
عن قيمة الصبغ المصروف في طريق الصباغة اذ فعله لم يوجب ضررا على المالك حتى
يلتزم به وقياسه بصورة ما لو غصب دابة وسمنها الغاصب بمؤنة مالكها
ويطالبه المالك العين والمؤنة المصروفة مع الفارق لان الاثر العين في احدهما
باق دون الاخر كما تقدم وان كان قيمة الصبغ زايدا عن قيمة اللون فمقتضى نفي الضرر
وكون مال المظلوم محترما ان يغرم الغاصب بالزيادة وليس كمال الغاصب هدرا بل [illegible]

غير مستحق اعلى القيم في الصبغ واللون عند عدم تحقق الصباغة بيد الغير [illegible] كذلك
فاعلم انما الجمهور على ان للمالك ان يامر الغاصب بنزع اللون وله ان ينزعه ايضا لانه
في ملكه بغير اذنه وباق فيه بغير حق كما لو دفن احد ماله في دار الغير فله ان يخرجه من
داره وتجويز ان ينزعه الغاصب من دون اذن المالك خلاف معروف
فمن المشهور الجواز مطلقا وعن [illegible] ولعل على ما نقل عنه العدم فعليه قيمته لو منعه
المالك عن النزع ولعل وجهه ان دليل نفي الضرر جار في الطرفين وكذا قولهم الناس
مسلطون على اموالهم فتسقطان ولا بد ان يجبر احد الطرفين عند طلب حقه
والاجماع قائم على عدم جواز اجبار المالك باخذ قيمة عرفه من الغاصب فالجبر
يقع على موجب العيب وهو الغاصب ونقل عن صاحب الايضاح تفصيل بين
ما يوجب النزع نقصا في العين وبين غيره ووافق المشهور في الثاني [illegible]
والمشهور في الثاني لان دليل الضرر والسلطنة في الاول [illegible] وتساقطان
ويبقى اصالة عدم انتقال المال الغاصب الى المالك بغير رضائه بمجرد دفع القيمة سلمه
عن المعارض وسندها الاستصحاب وقوله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تاكلوا اموالكم بينكم
بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض فله ان ياخذ العين ويرد الاصل [illegible] اما
في صورة النقص ان الاصل معارض باصالة عدم جواز اتلاف مال الغير وسندها
نفي الضرر اذ بالنقص يعيب مال المالك ويضر عليه بعض منافعه واستصحاب حرمته
الزام المالك بقيمة جزء ماله من دون رضائه بالاتلاف فيتساقطان بالتكافؤ
ويبقى المشاركة ويصير موجب الجبر عند التنازع في التفكيك لبناء العقلاء ولا
عبرة بالشرع عند عدم حصول النظر [illegible] وعن قلنا في تلك الدرجة بعدما حققناه
في الاوجه السابقة بينا انه ان يلاحظ الضرر الموجب على المالك في النزع و
الضرر الموجب على الغاصب في البقاء فان كان احدهما اقل من الاخر يقدم على الاخر
لنفي الضرر عن الزايد والا عند لزوم الاجبار يجبر الغاصب ان كان لماله قيمة
يرفع اليه القيمة لا العكس الكلي للاجماع ولا الجزئي لتحقق الظلم وان حصل الحق و
التفصيل قد مر ومآل الامر ان الجبر الى قطع [illegible] مالك اللون بحكم الشرع
على الوجه المذكور فالمالك العين له ان يتصرف فيها او ان [illegible] او ينقله
باحد العقود الشرعية او يتلف وان ادى الى الشركة فيجري عليه احكام
الشركة ثم ان اللون المغصوب لو كان له قيمة وتشاركا في الشيء فقد لا تزيد
ولا ينقص قيمتهما لحاصلها وقد تزيد قيمة العين خاصة كما لو كان طول ثوب [illegible] قبل الصبغ

قيمة سوقية عشرون شيئا ومصبوغه خمسة عشر شيئا وزاد في غير المصبوغ ثم وبلغ المصبوغ في السوق عشرين او قد تنقص كما لو نقص في المفروض في غير المصبوغ خمسة وهبط المصبوغ الى العشرة فالزيادة للمالك والنقيصة عليه وقد تزيد قيمة الصبغ لاجل زيادة قيمة الصباغة خاصة كما لو بلغ المصبوغ في المفروض عشرين وكان غير المصبوغ باق قيمة سوقية على العشرة وقد تنقص كما لو هبط قيمة المصبوغ لكان قيمة غير المصبوغ في المفروض باق على العشرة ففي المثال الاول له وفي الثاني عليه وحكم ما لو زاد المصبوغ وغير المصبوغ معا او نقصا معا مستخرج مما سبق ولو نقص قيمة الصبغ لا لاجل نقص قيمة الصباغة فقد ضر الغاصب بلا اشكال فانما الاشكال في صورة ان قيمة المصبوغ زاد لا لاجل زيادة قيمة الصباغة ولا العين بل لاجل الفعل فهل الزيادة لمالك الصبغ او العين او لهما وجوه مقتضى عدم الاجرة لفعل الغاصب الزيادة الى الهيئة الاجتماعية والهيئة قد حصلت من المالين فصاحب المالين يتشاركان بالزيادة بالنسبة لا بالسوية كما في صورة ما لو حصل الصبغ بعلامة السماوية وكان الصباغة من احدهما والعين من الاخر من دون تحقق غصب في البين وكذا لو حصل الصبغ بفعل الاجنبي برضاء المالكين فتدبر الشرائع مع غصب فانه لو اغتبنه مال المغصوب بمال الغاصب فلو كانا متساويين في القيمة فيكفي في تقسيمهما القرعة وان اختلفا فمقتضى الاحتياط ان يصالح من وقع الزيادة بما سيرضى الاخر مهما امكن ما لم يكشف الواقع ولو اختلطا فان لم يكن لاحدهما في الخارج قيمة ولا مزيد قيمة فالدخل فيه قسمة المال في حصة الاخر وان لم يكن لاحدهما في الخارج قيمة وكان يعد منه قيمة فالدخل في البيع فما وقع بازائه مالا قيمة له منفردا فهو لصاحبه ونكتفي به ولو اختلطا ولا قيمة لهما فان كانا مثليين اي متساويين في الذات والصفات او بحكمهما ان يكونا متساويين في الذات والقيم دون الوصف كاختلاط خل الاحمر والاصفر والشحم الجاموسي والثور تحقق الشركة فيستخرج الغاصب حق المالك من الممزوج وان كانا متساويين في الذات ومختلفا في الوصف والقيم فصورتان احدهما ان يكون مال الغاصب اجود واعلى قيمة من مال المغصوب منه ففيه اقوال فعن بعض ان المالك يستوفي حقه من العين الا انه يتخير الغاصب بين الدفع من العين لانه متطوع بالزائد من ماله وبين الدفع المثل وعن الاخر انهما يتشاركان في

يتشاركان فيه فيستخرج مقدار عين ماله من الممزوج تمسكا بان الزيادة الحاصلة صفة حصلت بفعل الغاصب عدوانا فلا يسقط حق المالك بقاء عين ماله كما لو صاغ الفضة وعلف الدابة فسمنت وانت خبير بالفرق بين المشبه والمشبه به اذ اثر العين في احدهما باق دون الاخر ~~والغاصب يختص ان يخرج خالص حصة الجيد الذي يقبل الفصل ويجري حكمه فيه~~ فاستنبط وثانيهما ان يكون مال الغاصب اردى واهبط قيمة من مال المغصوب منه ففيه اقوال ايضا قول بان المالك مخير بين اخذ المثل والشركة مع الارش لان حقه في العين لم يسقط لبقائها ومن الشرائع يظهر قول بان المالك مخير بين اخذ المثل او الشركة دون ارش وقول باشتغال ذمة الغاصب بدفع المثل وقول بانهما يتشاركان في العين بالنسبة القيم ~~ومعدوم~~ الحكم والاصل يقتضي عدم اشتغال ذمة الغاصب بالمثل وعدم انتقال مال المالك الى الغاصب بمجرد المزج ففي جميع الصور كما اصبح فيحصل الاشتراك القهري في العين بمعنى يتسلط يداهما على العين وليس لاحدهما اجبار الاخر باخذ القيمة او المثل الا بالتراضي فان زادت قيمة مال المغصوب منه عند التفكيك مقدار ماله لاجل اثر مال الغاصب فهو للزوال نقصت فعليه ارش قيم زوال الوصف ~~والتفكيك~~ وليس الوصف من المثليات فلا يجب دفع الارش من المثل بل القيمة ويحلها الاشكال عند التفضيل ان يزيد الارش صاحب الفضل الا في دون الاصلي على قسمة الاخر ان كان فيهما فضل ويصالح حصة كل واحد منهما مما في يد من مال الاخر بحصته التي وقع بيد الاخر مع الارش ان استلزمه كما لو امتزج المالان الذان لا يعلم مقدارهما ويمكن التخليص بالبيع في صورة العلم بالمقدار ان لم يوجب الربا ولو اختلط الجنسان في قبض الغاصب فالمجهور على ان الغاصب يضمن المثل للاستهلاك وارتفاع الفائدة ويوافقهم السيرة غالبا فلا يبعد تخصيص القاعدة المزبورة بغير ذلك

الخامس عشر

اذا نقصت قيمة المغصوب لاجل النقص في الصفة او الهيئة في قبض الغاصب بفعله او فعل الاجنبي او بعلامة السماوي فالفائت ان كانت محرمة فلا يلتزم الغاصب به ولو كان كالالات القمار لو كسرت وصوت الغناء لو نسيت والمسكرات لو انقلبت وريح الفضلة لو زالت عن عدم فائدة محللة غالبا لها وان كانت محللة فان كان ثابتا عندها لكم عند الغصب ولم يعد عند الرد فلا نزاع في التزام الغاصب للارش وان كان ناشيا بفعل الغاصب ولم يعد فلا نزاع فيه وقطعا لا قطع النظر عن دليل التعبدي الاصل يقتضي عدم الضمان

والمشهور علي انه ضامن متمسكون بالاستصحاب وقد مر دفعه ولو عادت القيمة بعد
الزوال الوصف لزيادة الصفة فالصفة المستعد شرعا عينه عرفا كما لو غصب عبد
حافظ القران فانساه ثم بالتامل تذكره فالتذكر الثاني وان كان في وقت الفلسفيه
غير الاول لكن عرفا عينه كالعبد الابق الظاهر لا خلاف في عدم [illegible] شيئ علي الغاصب
لمجرد الفعل واما مثله بان يكون مما يساوي الفائت في الصفات التقسيم
كما لو علم الغاصب عبد الذي ضاع القراءة القران بعد ما زالت من صدره بالكلية
وكذا لو سمن بعد ما هزلت ونقصت قيمتها وكذا لو نبت الشعر الراس واللحية بعد
جوما هزلت من المرض او قطعت فلو نقصت الثانية عن قيمة الاولى التي كانت ثابتة
عند مالكه ضمن التفاوت بلا اشكال ولو كانت حاصلة عند الغاصب فالمشهور علي
الضمان والمختار علي عدم الضمان لما مر ما عند دليل اجتهادي علي ضمانه قال المحقق
في يع لو زادت القيمة لزيادة صفة ثم زالت الصفة ثم عادت الصفة والقيمة لم يضمن
قيمة الزيادة التالفة لانها انجبرت بالثانية فعلي مذهب المشهور الجبر علي خلاف
الاصل سواء كان المنجبر ثابتة عند صاحبه ام حاصلة عند الغاصب والمختار في
الثاني لا ضمان عليه حتى يجبر لعدم تمامية الاستصحاب وفي الاول الانجبار للسيره
وصدق الاداء عند الرد بحيثية الاصليه فلو غصب دابة سمينة فهزل عنده ثم القاصب
سمنه كما كان يوم الغصب بالتبن والشعير من ماله فرده الي المالك فالعادة علي
عدم ابراء ذمته بالدفع وما نري الزام الغاصب بالشعر العتق والوبر القنم والثمر
والورق النافع والورد ونحوها الفائتة مما كان اثرها ثابتة عند المالك ام لا
بل حصلت عند الغاصب ليس من تغاير الاوصاف لتحقق القيمة في عينها فهي من
الغصب لا عيان فتبصر وقال المحقق ولو تجددت صفة غيرها مثل ان سمنت فزادت
قيمتها ثم هزلت فنقصت قيمتها ثم علمت صنعة فزادت قيمتها ردها وما نقص
بفوات الاولى وادعي سيدنا عليه الاجماع ولم يحصل لنا منه ظن برضاء المعصوم
به لان سنده هو الاستصحاب وقد مر ان المستصحب مشكوك فلا عبرة به والتحقيق
ان الوصف الذي حصل في يد الغاصب لا يضمن به بتلفه للسيرة والبراءة والاحتياط
في جانب المالك وعدم صدق علي اليد ما اخذت عليه علي بافرع بعض علي اليد عين ما اخذت
وعدم دلالة عدم نفي الضرر علي ضمانه لو لم نقل في دلالته علي عدم ضمانه وصدق الغصب
بالهيئة الحاصلة في يده بعد تلف هيئة الاولى ممنوع ومستنكر عرفا وانما يضمن بالوصف
الذي كان ثابتا في يوم الغصب فان رده الغاصب كما كان في يوم الغصب فلا يستحق

كالتقابض قيمة السوقي متسامح عرفا

يستحق المالك قيمة الهيئات الحاصلة في يد الغاصب وان رده بوصف مغاير لما كان
في يوم الغصب فالمالك مخير بين ان ياخذه مع الارش ان كان في الخارج له ارش
وبين ان يامر الغاصب ان يرجعه الي الوصف السابق ان امكن ولم يعد سفيها
كخيار عند تغير الوصف والمكان في اخذه والامر برجوعه الي مكان ما اخذ وانما الاشكال
في صورة ما تعددت الوصف عند الغاصب واختلف اجرة الاوصاف مثل الغصب
ساجا فنسجه صنعة مسجا ثم فنسجه صنعة فاسا فنسجه صنعة ساجا
ورده مع الارش يمكن دفعه بان يقال اجرة الوصف المسبي اما يساوي اجرة الاخير
او غير فهو واما يزيد فان استوفاه فعليه الزيادة جميعه لعدم ثبوت حق له
علي الهيئة وان لم يستوفيها فتضمينه باجرة زيادة الناشاة بفعله مشكل لانصراف
الضرر اليه اشكل فالاصل براءة ذمته عن الزوائد فيلزم من اجرها ما يساوي اجرة
النساج كما في صورة كون اجرة المسلم يقل من اجرة الصلاح فلتزمها التكميل الاصالة
نفي الضرر وهكذا الكلام في غيره وبالجملة ان الغاصب ملزم بايجور ما اخذ الحالة
رده بصورته او بغير صورته في المقام عن دونه بنقيصته لنفي الضرر ولا زيادة
وكذلك الان يستوفي انتفاعا من مال المغصوب الثمن من اجرت المنضدة بهذا
ما ادي اليه ظني والله اعلم بالصواب السادس عشر في ان النقل بالبيع او الصلح
والهبة الفاسدة لا يوجب التمليك هل القابضين ضامن مطلقا ام لا مطلقا
ام التفصيل بين ان يكون الدافع عالما بفساد المعاملة وعدم استحقاقه بما فيه
ما يدفعه وبين ان يكون جاهلا بالفساد بعدم الضمان في الاول دون الثاني
وجوه وصورها اربعة لانهما اما عالمان بالفساد او جاهلان بالفساد او احدهما
عالم دون الاخر ولا ضير في المسئلة فلابد تطبيقها علي القاعدة اما صورة الثانية
فما طبقها لان البايع لم يعلم بانه حاصل ما له واعطاه بانتقاله الي المشتري فلم يتسبب
عرفا لتلف ماله فماله محترم وكذا المشتري بالنسبة الي الثمن ومجرد التسليم لا يوجب زوال
الملكية للاصل فاذا ثبت بقاء الملكية فمن اتلف مال الغير فهو له ضامن وعلي اليد
ما اخذت واما صورة الاولي فبظاهرها تقتضي عدم الضمان لان كل منهما المتقدم
علي ضرر نفسه حيث علم بان ما قبضه وما دفعه في معرض التلف لا يستحقه القابض
فلا سلطنة له عند التلف بعد الاذن بالتلف وعدم ثبوت السفاهة والتحقيق
يقتضي الضمان لان القابض يعلم بان ما قبضه ليس علي وجه شرعي وباق
في ملك صاحبه فيصدق عليه من اتلف مال الغير فهو له ضامن وعلي اليد ما اخذت

وما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده وقوله تعالى ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل والاذنان
المتقابلان لم تصدرا على وجه المجانية وتخلو عن الاثم بملاحظة الشرع واما صورة
كون احدهما جاهلا والاخر عالما فلا اشكال في ضمان مال الجاهل بعد ملاحظة ما ذكرنا
وانما الاشكال في ضمان مال العالم وذكر لتطبيقه على القاعدة وجوه منها ان الشارع
لما حكم بفساد العقد فاذن المالك في التصرف مع علمه بالفساد كلا اذن في التصرف
في شيء محرم فلا تأثير فيضمن الجاهل بالعالم به وفيه ان فساد العقد لا يوجب
حرمة الاذن في التصرف حتى يكون الاذن فيه ... الناس يصطلحون على اموالهم
ولطيب النفس واستقدامه على التصرف سلمنا لكن نمنع عدم الاثر في الاذن في المحرم
اذ لو امر احد في قتل نفسه وقتل قبل الاذن موجب لرفع القصاص عليه الدية
خاصة ولو دفعت الاجرة بالفجور فلا يحل لبغي فدعوى كلا اذن في المحرم لا اثر له ممنوع
ومنها ان يكون اذن تعليقيا بالحال لو لم يأذنه فكانه مثل التسليم مع العلم بالفساد
قال ان كان هذا مالك فتصرف فيه مع علمه بعدم كونه ماله وهذا ابعد من
سابقه بالنسبة الى ظاهر احوالهم ويستلزم للاغراء بالجهل ولا يصح للغار ان يرجع
بالمغرور فيما اغره به ومنها ان يكون اذن التصرف معلقا بتسليم الرجوع الى
الثمن فاذا رجع الى ما اعطى عوضه زائدا عن قيمة المقابل في الخارج ان اقيمة
فيضمنه بما يصل اليه ومنافعه وهذا الظهر من احوالهم او في مساق المتعارفين
عادة ويحتمل ... العلم والجهل في ... كالوجه الاول
او الثاني ولكن هذه القاعدة تقتضي الضمان ويؤيدها عدم اذن الشارع في هذا العمل
وسابقها تقتضي التضمين ويؤيدها السيرة فتدبر وايضا استدل الشهيد للضمان
بقاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ويليق المقام ان نتكلم بها ونقول في
مفهومها ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده وهذه قاعدة ... في السنة
الفقهاء عند انتقال الشيء الذي يمكن ان ينتقل على وجه الصحة والفساد سواء
يحصل بالانتقال الصحيح الملكية العين او المنفعة ويجب ان يكون بازائه عوض كالبيع والدين
والمضاربة والاجارة ونحوها ام لم يكن بازائه عوض كالصلح بناء على عدم وجوب العوض
بازائه والهبة ام لم يحصل الملكية كالامانة والعارية ويظهر من سياق مسلكهما عدم
اجرائها فيما لا يكون له انتقال صحيح حيث جعلوا المعيار الحكم الفاسد على الصحيح
نفيا واثباتا وينبغي ان يذكر تفسيرها وحدها فاعلم انها قد تطلق هيئة
القاعدة مع ادات السور في المقام فيشمل جميع العقود التي لها صور صحيحة وفاسدة

وفاسدة لفقد الشرط الداخلي او الخارجي وقد تطلق بدون السور وما نكرة موصوفة
بمنزلة الشيء والحكمة تقتضي العموم عند عدم البيان في المقام والسور يأكده لا معرفة موصولة
لعدم المعهود به ... يضمن بصحيحه يضمن بفاسده والظاهر
... ويقتضي مقامات اجرائها ان يفسر الشيء ... ويليق ان يكون الباء في المقامين
بمعنى في ويفيد مجروره فالتقدير القاعدة المثبتة كل ... يضمن ...
في صورة ... فاسد ... اعم من ...
التخلية غير قابل الانتقال وقال سيدنا ان التقدير كل عقد يبذل بازائه عوض في
صحيحه يبذل في فاسده ويرد عليه ان العوض لم يقع بازاء العقد بل بازاء المقبوض
فتفسير الشيء بالعقد لنا مستنكر وان صرح به بعض وان تفسير الضمان بالبذل ايضا
مستنكر مع ان القاعدة بناء على ذلك لا بد ان يشترط كون محلها بعد القبض واما
على ما فسرنا فلا احتياج الى ذلك لاستفادته من نفس القاعدة مع ان بيع المعاطاة على
مذهب من يقول يحصل التمليك به لعموم احل الله البيع والسيرة لكونه عرفا بيع وان شرط
فيه جميع شرائط البيع الا العقد اي الصيغة يمكن ان تجري القاعدة فيه كما هو
الظاهر بخلاف التعبير لقيد العقد فيه فلا ينطبق التعبير بالمعبر عنه مع ان الجعالة على
اشتراط العربية في ... ادعى احد من ... على ... كذا بالفارسي بناء
على انه من الايقاعات كقاعدة صاحب الشرائع فلا ينصرف التعبير عليه بخلاف القاعدة
اللهم الا ان يمنع اجرائها فيه وفسر ... ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده لزوم كونه من العقود
الشهيد في المسالك بعد ما تمسك به بانه لو كان صحيحا لكان ضمان المبيع الى المشتري
بمعنى كون تلفه من ماله ويكون في فاسده كذلك وعلى مقتضى الاول يكون التعبير اخص
من المعبر عنه وان كان في المقام يتم غرضه به لانه قيده بالبيع وعلى مقتضى جزء الثاني
ايضا يكون اخص من المعبر عنه لعدم شموله لما يحصل التمليك في صحيحه دون فاسده
فتلفه في صورة الفاسدة لا يكون من ماله مع ان تعبير الضمان بتلفه من ماله مستبعد جدا
وللقاعدة على مقتضى سبكها اركان وهي وجود الشيء المتصرف والمتصرف
فيه وامكان التصرف على وجه الصحة والفساد بمعنى يمكن ان يتصرف فيه على وجه
لا يلزم الضمان عليه وعلى وجه يلزم عليه الضمان ويقيسون حكم الفاسد
من الصحيح فلا بد ان يكون حكم صحيحه معلوما من غير هذه القاعدة مثبتا ومنفيا فلهذه
القاعدة لا تجري في الاعمال قبل حصول اثرها كما لو استأجر نفسه لان يعمل عملا فعمل
العمل وبعده لا يغرم بشيء بل يستحق لاجل العمل الاجرة ... ولكن حكم سيدنا بتعميم القاعدة

فليس بشيء

فيها بنوعيها اي سواء لا يستحق الاجرة العمل الا باتمامه كالجعالة او العبادة ام يستحق الاجرة في تقسيط العمل كما لو استاجر نفسه لان يخيط جبته فخاط نصفه ومات فيستحق نصف الاجرة متمسكا بتعميمها والاستفادة لا تحتاج الى البيان

واما صدق الشيء على المأجور لاجل السلطنة على العين فهو عين المأجور جهتان احدهما جهة الانتفاع وتجري فيها القاعدة المثبتة اي ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده وثانيهما جهة التمليك وتجري فيها القاعدة المنفية اي ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده والقاعدة مجملة من حيث بيان المضمون عليه فلو اشترى ما تبلغ قيمته السوقية عشرة بخمسة او خمسة عشر بعقد فاسد فلا دلالة لها على انه يضمن المسمى او القيمة المثل وانما هادة لانه على ضمان ما وان كان مقدار في صورة اللهم الا ان يكون ما كناية عن المقدار وهو بعيد في النظر ولا بد ان يكون للشيء قابلية ان ينتقل على وجه الصحيح الشرعي فبيع المحرمات التي ليس لها بيع صحيح خارجة عنها بمعنى لا تجري القاعدة فيها ولا بد ان يكون الناقل العين قابلا للانتقال الصحيح فانتقال المجنون والصغير والصبي ليس له وجه صحيح واما بيع غير المالك قد يكون صحيحا في الفضولي والامين ولا بد ان يكون المنتقل اليه ايضا قابلا للانتقال الصحيح والا لا تجري فيها ولو كان للشيء جهتان صحيحتان او فاسدتان احدهما معلوم الحكم دون الاخر فحكم بجواز اتخاذ حكم المجهول عن المعلوم مثلا في الجعالة قد يكون الجاعل بعين المجعول له فيكون امينه كالوكيل بيده غير ضامن وقد لا يعينه بان ينادي عن ردّ ضالتي فله كذا فيشك في ضمان يده فلا يستفاد حكم الثاني عن الاول بهذه القاعدة لان التصرف للمرد جائز شرعا في الصورتين وفي القمار قد يدفع الخاسر ماله مستكرها شرعا لا يملكه الاخذ فيكون ضمانه عليه وقد يدفعه من طيب نفسه فيشك في ضمانه فلا يستفاد حكم الثاني من الاول بهذه القاعدة ايضا لان التصرف في المكتسب بالقمار من الاموال في الصورتين غير جائز شرعا اذا بان لك ذلك فاعلم ان الدليل على القاعدتين المشهور واصالة الضمان في المثبتة واصالة الناس مسلطون على اموالهم في المنفية اذ المدرك في المثبتة عدم تسليط الاجنبي على مال غيره مجانا سواء اخذه الظالم من يتصرف فيه مع التغريم بموجب شرعي ام بموجب غير شرعي ام بلا موجب وفي المنفية انه يسلط الاجنبي الشارع او المالك على ماله على سبيل المجاني كما في الموقوفات ومحياة اراضي المفتوحة عنوة والهبة والصدقة والتبرع والضيافة والرهن والعارية والوكالة والشركة وغيرها مما لا يغرم القابض في تلفه خذها او اعلم

السابع عشر اذا غصب حبا فزرعه او بيضا فافرخه فعن ابن حمزة في الوسيلة والشيخ في الخلاف والمبسوط على ما نقل عنهما ان الزرع والفرخ للغاصب والمشهور على عدم خروجهما من مالية المالك وانهما من المغصوب منه ولعل ان ذكر الزرع والفرخ يمكن ان يكون من باب المثال لعدم النص في المسئلة فيقتضي ان يكون النزاع في مطلق الاستحالة حتى يشمل تبدل الصفر ذهبا والرصاص فضة والحجر نورة والخشب رمادا او يكون في الاستحالة التي تكون المستحيل النماء المستحيل منه عرفا وانما نقل نماءه لان النماء المعروف هو الذي لا يزول الاصل بسبب وجود الفرع ويغرم الغاصب بما يخالف ذلك وليس النزاع هنا في تغير الوصف كتبدل الحبة طحنا ولا في الاضمحلال كالاثر الملح المغصوب في الطعام ولا في الاستهلاك كالقطرة الماء المغصوب المرمي في الحوض المملو الماء لعدم الكلام فيها فالمذكور اولا وجوه احتمالات الحكم في الاستحالة بنوعيها ونقول يمكن ان يقال ان الاستحالة تنقل المغصوب الى الغاصب بمعنى يلزم ذمته بدفع المثل او القيمة ويمكن ان يقال ان الاستحالة تخرج المال من مالية صاحبه ولا يدخل في ملك الغاصب ولا حق للمالك فيه لو قبض الغاصب كالمباح بينهما ويمكن ان يقال ان الاستحالة تخرج المال عن مالية صاحبه ولكن للمالك حق اولوية فيه كالخمر وتمييز ذلك من الاول يثمر في ان بمجرد الاعراض عنه تخرج عن الملكية ولا يمكن بيعه لحق التحجير بخلاف الاول يمكن بيعه ولا يخرج عن الملكية بمجرد الاعراض عنه ويمكن ان يقال ان الاستحالة لا تخرج الشيء عن ملكية مالكه بنوعيه او في صورة كونه بمنزلة النماء عادة ويمكن ان يقال ان الاستحالة موجب الخيار للمالك بان ياخذ المستحيل او عوض المستحيل عنه ولم نجد قائلا الا في صورتين منها ونقل عن الشيخ قول اخر موافق للمشهور معرضا عما ذهب اولا فالمخالف منحصر في ابن حمزة ولذا ادعى عليه الاجماع بل نفي الخلاف ايضا لشذوذ ندرة المخالف ومدرك المخالف يمكن ان يكون السيرة العرفية حيث بناءهم على كون الزرع والفرخ من الغاصب ويغرمون الغاصب بعوض المستحيل كالصورة التلف ولولا وجود الاقوى لكان قويا ومدرك المشهور يمكن ان يكون ما تمسك الشهيد الثاني في اللمعة بانه عين مال المالك وانما حدث بالتغيير اختلاف الصورة وهو ضعيف جدا اذ الزرع والفرخ ليس عين الحب والبيض بشهادة العرف وليس التغيير صوريا مثل طحن الحبة بل ذاتيا متغير الماهية قطعا ويمكن ان يكون مدركهم الاستصحاب وهو ضعيف ايضا لعدم كون الواقعة من منصب الاستصحاب لان الموضوع متبدل قطعا ويمكن ان يكون مدركهم ان الزرع والفرخ من فوائد المملوك فيستحق مالكه وهو قوي لان الزرع والفرخ من فوائد المملوك وكل فائدة المملوك عادية وغير العادية للمالك اما الصغرى فوجداني واما الكبرى فبعدم لا حق لعرق الظالم فاجماعي

سواء كان الحقوق عاديا ويكون بازائه قيمة كالنماء المنفصل او المتصل او السكنى والركوب
الدابة والزرع الحبة والفرخ البيض ونحوها او لم تكن بازائها قيمة كضوء النار وحرارتها
وريح المسك ما لم يتضمن تعيين المغصوب المملوك للغير وكذا العبور من الارض التي
لا يرضى صاحبه وفيء الجدار والشجرة المملوكين واوية بالنسبة الى الاجنبي وكذا قطع الشيء
بالمكسور والسكين والمشراك والفاس ونحوها مما لم يكن بازاء استعمالها في العرف
اجرة ام كان غير عادي ويكون بازائه المقيد قيمة كتبديل الصفر ذهبا او الرصاص
فضة والخمر خلا والقرض الميت المرمى في المملحة ملحا بناء على ان المالك فيه صاحق اولوية
كشرب الماء في جوز الزكيل المغصوب ونحوها مما يمكن ان ينتفع به المالك فهو اولى
من غيره وما لا يمكن ان ينتفع به ضمن انتفاع الغير ~~كالمتصل الباقي من الماء المغصوب~~
~~في البدن او الشجر~~ فان كان في العادة في المقيد اجرة للمالك فيطالبه به والا فقد فعل
فعلا محرما حيث انتفع بمال الغير بدون اذنه خاصة ولا شيء عليه ولو غصب الغاصب
ارضا فزرعها بحبه فالزرع للزارع وان كان غاصبا لانه من نواتج ماله وللمسرع والحدود
الوفاق ولمالك الارض الامر بازالته لان بقائه فيها تصرف في مال الغير والتصرف في مال
الغير من دون رضائه غير جائز اجماعا فليس لكل واحد منهما ان يجبر الاخر باخذ القيمة او
الاجرة ولو تراضيا باخذ الاجرة وبقاء الزرع الى الحصاد فلا ريب في جوازه ونقل
عن ابن جنيد ان مالك الارض له ان يجبر الغاصب بدفع القيمة وهو دليل وسنده
ضعيف ولو كان الحب والارض وماء السقي مغصوبا فالزرع لصاحب الحب
ويغرم الغاصب باجرة ماء السقي فلو قيل ان الخضرة من فوائد الماء فيشارك مع
صاحب الحب قلنا ان العرف يرى الماء بمنزلة التلف ويحكمون بعدم الشركة فالسيرة
قاضية بما ذكر والزرع بناء على كونه للمالك محترم ومقام التعارض الضررين ويقتضي
الارتكاب لاقل المحذورين فتذنيب ٢ الثالث عشر انه اذا حصل حيوان في دار مثلا
لا يخرج الا بالهدم ففيها صور عديدة لانه مرة تحصل الواقعة بسبب مالك الدار كما لو سرق
دابة صغيرة وادخلها في داره وبقي فيه مدة واطلع عليه مالكها ولم يمكن اخراجها
الا بالهدم ومرة تحصل بسبب مالك الدابة كما لو ادخل احد دابته في دار الغير من دون
اذن مالكها ثم كبر لا يمكن اخراجها الا بالهدم ومرة تحصل بسببهما كما لو حصل
الدخول باذن صاحب الدار وفعل مالك الدابة والغرض ومرة لم يكونا موجبا لتحققها
بل الدابة وقعت من ثلمة في الدار او اوقعها الاجنبي فيه ثم ان الحيوان قد يكون مما لا يجوز
ذبحه كالعبد والامة لو وقع في نفاسة غرف الدار ثم لا يخرج الا بالهدم والمملوك قد يكون

يكون مما لا يقبل التزكية كالكلب الصيد وقد يكون مما يقبل التزكية ولكن مما لا يؤكل لحمه
وتزكى جلده بناء على ما قيل ان غير النجس العين من الحيوانات قابل التزكية كالسبع ونحوه
وقد يكون مما يقبل التزكية وتزكى لحمه لكن مما لا يؤكل في العادة كالفرس وقد يكون مما
تزكى لحمه والعادة جارية باكله كالغنم ثم ان ضرر الذبح قد يقل وقد يكثر وقد يساوي
ضرر الهدم ثم انهما قد يتراضيان بالذبح او الهدم وقد يختلفان بان يرضى مالك الدار بالهدم
حذرا من حصول التعفن في الدار والاخر يرضى بالذبح حذرا من غرامة الهدم او العكس
المفروض وعلى فرض تراضيهما بالهدم قد يتراضيان بهدم موضع معين وقد يتنازعان
فيصير في تشخيص موضع الهدم وعلى الاخير قد يكون في ضرر الموضعين المتنازع فيهما مساويا
وقد يكون ضرر موضع مالك الدار اكثر وقد يكون اقل ~~ويكون الكلام في ضرر ذبح الحيوان ايضا مثبتة~~
وليس لمالك الدابة ان يهدم اكثر مما الحاجة عليه لان الضرورة تقدر بقدرها
اذا تحقق ذلك فاعلم ان القوم اتفقوا في الحيوانات مما لا يؤكل لحمه عادة لاجل احترام النفس
المحترم وعدم تمكن الاستيذان على لزوم الهدم دون الذبح لكن حكموا في صورة
تسبيب لمالك الدار بعدم ضمان الهدم على مالك الدابة وفي صورة تسبب المالك
الدابة بضمانه الاعن بعض الشافعية حكيا بعدم الضمان على ما نقل عنه نقله العلامة
في التذكرة ولعل وجه حكمه ان اذن الشارع موجب لرفع الضمان وهو سخيف في المقام
مقتضى المذكور وتعارض الضررين ان يقسط الضرر بينهما لو تسببا بالفعل و
في صورة عدم كونهما مسببا فان تسبب به الاجنبي فيغرمه به وان لم يتسبب
الفعل احد بل وقع الدابة من ثلمة فيه فيغرم صاحب الدابة للهدم لانما تعلق عليه
الامر بتخلية دار الغير عن ماله واقتضى المصلحة الشرعية الخروج مع الهدم وارتكب
الهدم فيغرم بالتصرف في مال الغير لجلب ماله وان لم يكن تصرفه حراما لاذن الشارع
فيه ولو تنازعا في تعيين موضع الهدم فان كان فيه ضمان وكان قول احدهما موجب
اقل ضررا فقدم على الاخر والا يراعي قول مالك الدار لسلطنته واما حيوانات
التي وضعها للذبح كالغنم والبقر والابل ونحوها فلا يظهر خلاف في صورة التسبيب
من المالك الدار بوجوب الهدم ايضا واما في غيرها فمحل الاشكال فان تراضيا بالذبح
او الهدم فلا اشكال ايضا وان اراد مالك الدار الذبح ومالك الحيوان الهدم ففي صورة
التسبيب من مالك الحيوان يقدم الذبح لان اجازة الشارع بالذبح رافع لحرمة بقاء
نفسه سيما في المقام ويكون كالاموال وفي غير الصورتين السابقتين المرجع الى قاعدة
تعارض الضررين فراجعها الناسع عشر فيما كان العبد او الامة المغصوبة

[illegible]

فيرد إلى المالك مع الأرش والكلام في صورة استقرار العيب [illegible] والظاهر

وصورة عدم الاستقرار [illegible] كما ذكرت سابقاً وصورة مطالبة

[illegible] القصاص [illegible] ما قلنا [illegible]

النفس [illegible] العبد المغصوب [illegible] القصاص [illegible]

[illegible] الجناية [illegible] وأما الرجوع [illegible] العبد عند المالك

[illegible] الغاصب [illegible] العبد في

[illegible]

تعلق بذمة الغاصب قبل حق ولي الدم على استيفائه فلا سلطنة لولي الدم عليه و[illegible]
التحقيق والنظر الدقيق أن يقال أن لولي الدم قتله أو استرقاقه وأما منفعته
الغاصب إلى أن مات عبد الجاني فلا مانع في [illegible] ولي الدم حقه من الغاصب لأنه فوت
حقه وأن اقترح [illegible] الغاصب مع ولي الدم في قتله أو نحوه استرقاقه [illegible]
ولي الدم إلى أن مات أو أبق فلا حق لولي الدم على الغاصب لعدم [illegible] تفويت عنه
بل حصل من الولي [illegible] سكت الغاصب فلم يمنع من قتله [illegible] ولي الدم [illegible]
قتله إلى أن مات [illegible] الحكم بعدم ضمان الغاصب الأصل والعدم [illegible] تفويت
حقه بسببه و[illegible] كلام الشهيد [illegible] القصاص من الجاني [illegible]
السابق [illegible] مشكل العشرون
من حقوق مالك المغصوب على الغاصب أن يأمر الغاصب أن يرجع المغصوب
إلى مكان الغصب [illegible] لاستقرار الملك في [illegible] والعرف [illegible]
[illegible] سلطنته أن يجبر الغاصب بأجرة مسافة الارجاع [illegible] الارجاع
لأن الضرر الذي أوجبه الغاصب يرتفع بالارجاع [illegible] الغاصب [illegible]
[illegible] في غير مكان الغصب [illegible] المالك المغصوب
[illegible] المالك [illegible] المغصوب بذلك المكان الذي [illegible]
على الغاصب لاستيفاء المالك [illegible] الغاصب من المكان الذي [illegible] المالك
أن يقبض فيه إلى مكان الغصب كان للمالك الزامه برده إلى مكانه [illegible]
لأن انتقال [illegible] الانتقال الأول [illegible] المالك وليس للمالك أن يجبر الغاصب
أن يرجع المغصوب إلى غير مكان الغصب من الأمكنة [illegible]
ولو تصادف المالك والغاصب في غير مكان الغصب واحتاج الرد إلى مؤونة
[illegible] على الغاصب [illegible] المالك في ارجاعه حتى يرتفع [illegible]
في الارجاع ولا يرتفع الضمان [illegible] التسليم التام [illegible] إلى
مكانه من دون إذن [illegible] ولكن لا يجب
عليه رده إلى المكان الذي [illegible] مالكه في الارجاع واحتمل [illegible]
[illegible] لعدم تحقق [illegible] المالك في [illegible] الارجاع [illegible]
بيد المالك [illegible] وليس للمالك أن يأمر
بارجاعه [illegible] الاستئذان [illegible]
في غير البلد الذي [illegible] الغاصب [illegible] الاستيفاء

بإزاء الارجاع مؤونة [illegible] حال الارجاع ووصول المال إلى
مالكه مأمور به [illegible] المغصوب [illegible] الغصب
[illegible] عليه أن يسلم إلى مالكه إن كان حاضرا أو إلى وكيله إن كان غائبا [illegible]
[illegible] التام [illegible] الاستيلاء [illegible] يقتضي [illegible] اليد [illegible]
[illegible] المالك [illegible] الغصب [illegible] المالك
[illegible] يقبضه منه [illegible] الشيء [illegible]
إلى المالك [illegible]
[illegible] الفقهاء في [illegible] وأما الاشكال في صورة ما لو غصب من
الطريق [illegible] المالك [illegible] مكان الغصب [illegible] الغاصب
[illegible]
[illegible] الغاصب [illegible]
[illegible] مال [illegible]
إلى [illegible] الغاصب [illegible]
[illegible] الغاصب [illegible]
على الغاصب [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
والأول [illegible] في المسائل [illegible]
في [illegible] المغصوب [illegible]
[illegible] المالك [illegible]
[illegible] قول الغاصب [illegible]
[illegible] الغاصب [illegible]
[illegible]
[illegible] الغاصب [illegible]
[illegible] الاستقلال [illegible]
الغاصب [illegible]

ان يكون المالك اعرف بقيمته [illegible] مع يمينه [illegible] ان الغاصب [illegible] كان من
من اهل الخبرة دون المالك [illegible] بقيمته يوم [illegible]
[illegible] المالك [illegible] بقيمة السوق [illegible]
ويحتمل ان يكون الشرع المنقول [illegible]
[illegible] في النهاية [illegible]
[illegible] القدماء ان المشهور بين [illegible]
[illegible] المتاخرين [illegible]
لان [illegible] ان يكون [illegible]
[illegible] العين [illegible] يوم [illegible]
قلت [illegible] ذلك قال [illegible] القيمة [illegible]
رد اليمين عليك [illegible]
[illegible] ان قيمة البغل [illegible] اقول [illegible]
[illegible] القيمة [illegible]
[illegible] بالمقام [illegible]
اليمين عليك [illegible] القيمة [illegible]
[illegible]
الاثبات [illegible] اليمين [illegible] الاثبات
[illegible] المنكر [illegible]
[illegible] المنكر [illegible]
بيان ان اليمين [illegible] المنكر [illegible] اليمين [illegible]
[illegible] الاشكال
[illegible] توجه اليمين الى المالك [illegible] القاعدة [illegible]
على المنكر [illegible] البينة
اليمين الى الغاصب [illegible]
الوجوه [illegible] اليمين الى المالك [illegible]
[illegible] المالك [illegible] اليمين [illegible]
[illegible] المالك [illegible] الغاصب [illegible]
[illegible] ان يكون [illegible]

[illegible] الغاصب [illegible] الاحوال ان المالك [illegible]
[illegible] من اموال الغاصب [illegible]
[illegible] اليمين على من انكر [illegible] البراءة [illegible]
[illegible] الغاصب واما الثاني [illegible]
[illegible]
[illegible] الغاصب [illegible]
[illegible] المالك
[illegible] الضمان [illegible] يوم الغصب [illegible]
[illegible] يوم الغصب [illegible]
[illegible] التلف [illegible]
[illegible] اقول [illegible] يوم [illegible]
[illegible] التلف [illegible]
[illegible] يوم الغصب
[illegible] التلف [illegible]
[illegible] البينة [illegible] التالف [illegible]
[illegible] المالك [illegible]
[illegible]
[illegible] المالك [illegible]
[illegible] البراءة [illegible] التالف [illegible]
[illegible]
[illegible] البراءة [illegible]
[illegible] التالف [illegible]
[illegible]
[illegible] المنكر [illegible]
[illegible] المالك [illegible]
[illegible] الاثبات [illegible]
[illegible] المالك [illegible]

الآخر اذ ربما اشتبه عليه الامر او غفل او سهى في القضية وان يمين المنكر تثبت حكما ومنفيا
لا تكليفا الا ترى قالوا الاصحاب لو ادعى احد على شيء مسروق وقال المدعى عليه احلف
باني سرقته فحلف الزم به ولم يقطع يده فلا يجري لقاعدة حمل فعل المسلم على الصحة
هنا فاذا ثبت كون يده يد ضمان فيترتب عليه لوازمه ولو سلم الغاصب المالك
في تحقق الغصب ونازعه في تعيينه فله صور فان كان تنازعهما في الاقل والاكثر بان
يقول المالك غصبت مني عشرة منان شلغما والغاصب يقول خمسة او المالك يقول
غصبت مني مصراعي الباب والغاصب يقول مصراع واحد فالقول قول الغاصب مع يمينه
مع عجز المدعي عن الاثبات وان كان تنازعهما في الشيئين القيميين المتلفين بان
يدعي المالك بكون المغصوب منه كبشا والغاصب يدعي كونه فرسا فان تساويا في القيمة
فلا فائدة في النزاع وان اختلفا فللمالك على الغاصب بعد العجز عن الاثبات يمين
على عدم اشتغال ذمته زائدا عما يقر باشتغال ذمته فيه باي وجه كان وان كان
الشيئان المتنازع فيهما موجودا قيميا كان او مثليا كما لو ادعى المالك كونه رطلا من
الحنطة والآخر يدعي كونه الشعير الموجود او مخالفه فله صور فان كان المتنازع فيهما في قبض المالك
فالقول قوله مع يمينه وان كانا في قبض الغاصب فالقول قوله مع يمينه وان كان ما يدعيه
المالك بيد المالك فيحلف (?) الغاصب بيد الغاصب فللغاصب على المالك يمين بعد العجز
عن الاثبات وان كان ما يدعيه المالك في قبض الغاصب وما يثبته الغاصب بيد المالك
فالقول قول الغاصب مع يمينه بعد عجز المالك عن البينة وان كان المتنازع فيهما بيد الاجنبي
فان صدق الاجنبي احدهما احلف وقضي له وان كذبهما وادعى ملكيته فالقول قوله
مع يمينه وتسقط دعويهما عنه بعد العجز عن الاثبات لكونهما على خلاف اصالة ملكية
اليد وان سكت من يده عليه وشك في كونه مال ايهما فان قبضه من احدهما فدفعه
اليه لعموم على اليد وظهر حكمه وان لم يقبض فالقرعة لكل امر مشكل وكذا الحكم لو كان
بيد المالك والغاصب مسلط على ما يدعيه المالك فلا مراء اخذ الحق وفق ما ادعاه المالك
واخذه ويبقى ما ادعاه الغاصب بعدم كونه ماله فان علم الغاصب بكونه مال المالك
فقبضه وتصرف فيه مقاصة ظاهرية والا فان قطع بكونه عدم ماله فاجرى عليه حكم
المجهول المالك وان شك في كونه ماله فاصالة الاباحة تقتضي جواز التصرف فيه وان انجر
الى اسقاط ما ادعاه المالك فان علم الغاصب بان ما ادعاه غصبه منه ماله فيدفعه في ماله
فان علم بعدم كونه من مال نفسه فاجرى عليه حكم اللقطة والا فله ان يتصرف فيه ايضا فراقه

وان كان المتنازع فيهما مثليا متعدد وما مختلفا في الصنف كالحنطة والشعير مثلا مع
وجودهما المثل في الخارج فحكمه حكم الموجود بان في قبض المقر بالغصب واذا تلف المغصوب
وادعى المالك صنعة فيه يزيد بها القيمة وسلم الغاصب وقوع الغصب وانكر ما ادعاه المالك
من الصنعة سواء اقر بصنعة غيره ام اقر بضعف ما يدعيه المالك بان قال
المالك كان العبد حسن الخط وقال الغاصب كان خطه منحوسا او متعارفا فالقول
قول الغاصب مع يمينه اذا عجز المالك عن الاثبات لاصالة البراءة معتضدة في بعضها
باصالة العدم ولو اقر الغاصب بتحقق الوصف الموجب للاجرة في المغصوب بعد
مضي شهود من يوم الغصب وقال المالك حصل فيه الوصف من اوائل الغصب
فالقول قول الغاصب مع يمينه لاصالة تاخر الحادث والبراءة ولو تسلما زمنا
في حصوله في بدو الغصب وتنازعا في زمان زواله بان قال الغاصب زال وصفه
قبل تلفه بشهود وقال المالك زال وصف الموجب للاجرة قبل تلفه بشهر فالقول
قول المالك مع يمينه لاصالة البقاء ولو تنازعا في بدو حصوله وزمان زواله
معا فتنحل نزاعهما بنزاعين السابقين ففي احدهما يقدم قول الغاصب وفي الآخر
قول المالك ولو ادعى المالك تبدل الوصف المغصوب عند الغاصب بان قال
تبدل خمر المغصوب قبل تلفه خلا وانكر الغاصب فعليه اليمين للاصل
ولو ادعى تبدل الوصف بان قال تبدل الخل خمرا قبل تلفه وانكره المالك فعليه اليمين
للاصل ولو اقر الغاصب بوجود صفة موجبة الاجرة في المغصوب عند المالك
وانكر وجوده فيه عند الغصب وتسالما عدم وجوده في يوم التلف او الرد
فان جهل تعيين يوم الغصب فيتقارن اصالة عدم الغصب مع اصالة بقاء الوصف
ولا مجرى لاصالة تاخر الحادث في احدهما دون الآخر فالمرجع الى تعلق اليمين على
الغاصب المنكر وجود الوصف يوم الغصب وكذا لو رد الغاصب المغصوب الى
المالك فبعد مدة ادعى المالك وجود وصف الموجود موجب الاجرة في يوم الغصب
وانكر الغاصب وجوده في ايام الغصب وادعى تاخر حدوثه عن زمن الرد فالاصل
معه واليمين عليه اذا ادعى الغاصب عيبا كالعور وشبهه وانكر المالك فالمشهور على
ان القول قول المالك مع يمينه مطلقا لاصالة الصحة اذ الغالب في امثاله تجرده عن العيب الموجبة
او مطلق العيب الموجب لتفاوت القيمة وعن الشيخ في المبسوط على ما نقل عنه تفصيل بين
الموجود والمعدوم فصورة وجود المغصوب تقدم قول الغاصب وصورة عدمه قدم قوله

المالك ولم ادعى عبادة حتى اتتبع بعرضه لكن نزاعهما في صورة وجوده يمكن لعدم تمكن الوصول
اليه لمانع عادي او وجودي او شرعي مع امكان دفع المانع عادة فالشيخ حكم في هذا المقام
بان القدر المتيقن في الزام الغاصب قيمة الحيلولة هو قيمة المعيوب الى ان ينكشف خلافه
واما في صورة التلف فيلتزم بقيمة العين معاوضة تنجيزيا فلا بد من تعيين الموضوع بالاصل
فلا وجه ويمكن فيها ان يكون في دائرة العيب بعروض مثلا يدعي الغاصب مثلا ولو العبد من
الجارية المغصوبة معيوبا ويدعي المالك حدوث العيب بعد الولادة ويمكن ان يكون لا يتفاوت
الحال بين كون العبد المغصوب موجودا او معدوما بعدما اتسالما في وجود العيب فيه
واجراء اصالة الصحة في حالة الشك فلا وجه هنا للتفصيل هنا ويمكن ان يكون النزاع
في عروض العيب قبل الغصب وبعده بان يدعي الغاصب بوجود العيب في المغصوب قبل تعلق
يده عليه ويدعي المالك تاخر حدوثه ولا يتفاوت الحال ايضا بين وجود المغصوب وعدمه
فالقول قول المالك مع يمينه لاصالة الصحة في زمان الشك وتاخر الحادث ولو ادعى المالك
بعروض العيب الموجبة الارش في زمن الغصب وادعى الغاصب تحققه بعد الرد ولم
تكن امارة على كذبه فالقول قوله مع يمينه لاصالة الصحة وتاخر الحادث والبراءة
ثم ان اعتبار اصالة الصحة ان كان من باب الظن فممنوع اعتبارها لكونه في موضوع
الصرفة وان كان لاجل كونها مطابقة للظاهر فاعتبر وان خالف الاصل كما في اللقطة
قالوا لو ادعى الملتقط حق النفقة العادية التي انفق باللقيط فالقول قوله مع يمينه
وان خالف الاصل لكونه موافقا للظاهر ويمكن دفعه بان السر في الزام المالك
بالنفقة حفظ النفوس المحترمة اذ لولا ذلك لما انفق على اللقيط احد الى ان مات
ولم يسبق احد بالخيرات فالشارع احترازا عن ذلك حكم بسماع قوله مع يمينه
لا من جهة موافقته للظاهر مع ان الشارع حكم في بعض الوقايع على طبق الاصل دون
الظاهر كما لو ادعت الزوجة عدم انفاق الزوج اليها في ايام التي كانت في حبالته
فالقول قولها مع يمينها وان كان مخالفا للظاهر لكونه موافق الاصل فدعوى
ما وافق الظاهر مطلقا مقدم على ما خالفه وان وافق الاصل حتى يتم به المقصود باطل
فلم نجد دليلا على اعتبارها الا الاجماع والسيرة القطعية ويشهد عليها ان العلماء
شرطوا في البيع ان يكون المبيع معلوما ومعلوم الوصف والجنس مع انهم جوزوا
بيع الجوز والبيض والبطيخ ونحوها مع عدم الاطلاع بصحتها وفساد جوفهما وليس
ذلك الا لاصالة الصحة فاعلم ان جماعة الاصحاب يعملون بهذا الاصل في ظواهر الالفاظ

الالفاظ فلو تكلم احد ثم ادعى بانه لم اقصد معنى شيئا عند التنطق او قصدت
خلافه من دون نصب قرينة لا يسمع قوله لظهوره للاجماع ولولا ذلك لاختل نظام الشرع
اذ يمكن في جميع عقود اللازمة ان يدعي النادم ذلك لعلمه بعدم الوفاء واما ما ترى
يسمع قول المطلق بطلاق الرجعي في العدة عدم القصد من اللفظ لاجل ان ثبوت
الرجوع كاف في انكار الطلاق فتصير الطلاق واما ما ترى يعتبر خيار الغبن ولم يعمل
باصالة الصحة لوجهين احدهما لنفي الضرر والثاني للشرط الضمني اذ المشتري ادى
الثمن بازاء الصحيح فكانه اشترط ان يكون المبيع صحيحا وان لم يصرح به فلا تقدح ذلك
اصالة الصحة الاطلاق وهي اقوى من اصالة البراءة عند اثباتها الحكم الوضعي فتدبر
اذا انتقل الغاصب ما لا يملكه بمن زعم كونه مالكه بعقد كالبيع والصلح والرهن والهبة
ونحوها ثم انتقل الشيء اليه بسبب صحيح كالارث فهل لا يسمع بينته مطلقا ام يسمع مطلقا
ام التفصيل بانه ان اقتصر على لفظ العقد ولم يضم اليه من الالفاظ ما يتضمن ادعاء
الملكية قبلت بينته وان لم يقتصر بذلك وتنطق بما دل مطابقة او تضمنا او التزاما
عرفيا على كونه مالكا فلا تقبل بينته وجوه لم نجد اثانيهما قائلا ولا يظهر خلاف في موضع
ما انطق بما دل على كونه مالكه في عدم سماع بينته لكونه اقرارا حال الانتقال المال
مكذب لبينته فلا تنفع بينته فلو قيل ان ادعاءه يعتضد بالبينة فيكون ارجح من دعوى
الاول فيجب العمل به لقلنا ان مدعاه الاول يعتضد بقاعدة اليد الدالة على الملكية فلا رجحان
في مدعاه ثانيا بل المرجح في جانب الاول للشهرة ولان اليد والاقرار اوجب صحة العقد
بحسب الظاهر ولا ترتفع ذلك الا بالقطع على خلافه والبينة لا توجب القطع بفساد العقد
فلا عبرة بها واما في صورة التي لم ينطق بما يدل على ملكيته ففيه خلاف والاقوى عدم سماع
قول البينة لان قاعدة اليد والظاهر الصيغة تثبت الملكية عند الانتقال بحسب الشرع
ولا ترتفع بالشك بحكم الاستصحاب نعم لو حصل الحاكم علم بكذب مدعاه اولا تبين له
فساد العقد وصدق البينة وحكم بالرد وفساد المعاملة واذن ما انتقل اليه المال لا يوجب
صحة العقد لان الناقل اما قصد اجازة المالك عند العقد كما في البيع الفضولي فكان صحة العقد
عند العقد معلقا على اجازة من كان مالكه عند العقد وان كان في الواقع هو مالكه عند العقد
ولم يطلع بذلك فان كان من تعلق صحة العقد عليه مات فسد العقد او كشف بانه كان
فاسدا من اصله وبناء على كون الاجازة في الفضولي من باب الكشف كما لا يسند نا بوجه
اخر وهو انه لو قلنا بان اجازة ما انتقل اليه المال بوجه صحيح موجب لصحة العقد لزم اجتماع

لم ينفصل اجازة المالك عن العقد ... واما ... العقد ... صحته

المالكين في مملوك واحد لا على نحو الشركة وهو محال ويمكن منع الملازمة بان يقال ان صحة العقد
هو اذن المالك زمان العقد سواء كان ممن كان مالكه في زمان العقد ام لا فلو باع الاب شيئا
وقبل التقابض مات ثم اجاز وارثه ورضي به طرف المقابل للعقد صدر من اهله ووقع في محله ولا
يقال بانه يستلزم تعدد المالكين في مملوك واحد وما نحن فيه كذلك اذا مات العبد فقال الغاصب المغصوب
رددته قبل موته وقال المالك رددته بعد موته فالجمهور على ان القول قول المالك مع يمينه
ونقل عن خلاف الشيخ انه لو عملنا في هذه بالقرعة كان جائزا قال العميد ثم لم نجد في الخلاف في ذلك
الواقعة ذهاب الشيخ الى القرعة فلعل النسبة اليه سهو وعلى فرض الصحة لو كان المقام مقام القرعة
كانت واجبة فالجواز لا وجه له نعم يمكن ان يكون الجواز في مقابل الحرمة فلا ينافي الوجوب وتمسك
المشهور يمكن باصالة تاخر الحادث عدم رد المغصوب على الوجه الذي غصب منه فالقول
قول منكر الرد التام فلا وجه للقرعة ولا لاصالة البراءة لعدم مقاومتها الحكم الوضعي
الذي استفيد مما ذكر ولا لاستصحاب الضمان لان الضمان بالرد او الموت ارتفع ضمان التعليق
قطعا وضمان التنجيزي لم يكن ثابتا من اوله فلا يجري لا بقاء الضمان ولا لاصالة تاخر
الحادث لكونها معارضة بالمثل والتحقيق يقتضي ان يقال اذا تسالما بالرد وتنازعا
في وقوع الموت قبل او بعده فان جهل السبق او السابق فاصالة تاخر الحادث تساقط
بتعارضها بالمثل ويبقى اصالة عدم وصول المغصوب الى المالك كما كان والقول قول المالك
مع يمينه وان تعين وقت الموت دون الرد فاصالة تاخر الحادث المجهول عن وقت
المعين فالقول قول المالك مع يمينه ايضا وان تعين وقت الرد دون الموت فاصالة
تاخر الحادث المجهول عن وقت المعين ويعاضده اصالة البراءة فالقول قول
الغاصب مع يمينه ولا ينافيه اصالة عدم وصوله كما كان اصالة تاخر الحادث لكونها
موضوعية بالنسبة الى اصالة النفي والوضعي مقدم على الحكمي فلو قيل ان هذا الاصل غير
معمول به عند الاصحاب لما تمسكوا في نظائر المقام كمسئلة ما شك في تحقق الحدث
قبل الوضوء او الغسل او بعدها مع تيقن وقوعهما بحكمهم بالحدث على الاطلاق وهكذا
اقول بعد ما دل على اعتبار اصالة تاخر الحادث رواية زرارة وكانت معروفة بين الاصحاب
فيجب العمل على مقتضاها وهي تقتضي ما ذكر فلا يحصل الظن لنا من التصفح الموارد لتركهم
ولا احتمال الغفلة عن هذه القاعدة ولاحتمال تقييد حكمهم في الموارد فيما لم يتشخص وقت
احد المجهول السبق فلو قيل ان المجهول كالمعلوم المعين في الواقع وانما جهل وصفه
بمعنى انه لا يعلم كونه متصفا بالقبل او البعد ومن هذه الجهة سيان فلا يجري لاصالة
تعين وقته في الواقع

لاصالة تاخر الحادث من هذه الجهة فيهما لا جبنا عنه بان ما تعين وقته ثم [illegible]
كان قبلا لا يحكم العواصف واما المجهول ففي الواقع كالاول لكن بحسب الظاهر [illegible]
تحققه في زمان وقابع الشك فلتعدي وقوعه عن وقت المعين حكم الشرعي فاذا تعدد
اتصف شرعا بالبعدية واذا اقتضى الاصل البعدية فالمدعي هو من يخالفه قوله اذا تنازع
الغاصب والمالك في التلف للمغصوب الظاهر لا خلاف في ان القول قول الغاصب مع يمينه وعلل
بانه لو لم يقدم قوله لاستلزم خلود حبس الغاصب في صورة ما حلف المالك ولم يكن العين
باقية واعترض عليه اولا بالنقض بصورة ما اقام المالك البينة على بقائه ودعوى عدم [illegible]
في قبول البينة في هذا المقام ممنوع وثانيا بالنقض بصورة ما ادعى الغاصب رده وانكره المالك
فما الفرق بينهما يمكن ان يقال ان الفارق ان في الرد فعل الغاصب حيث ليشهد شهود الرد
واما في التلف ان كان جليا كاحراق البستان واغراقه فالنزاع مرتفع لاظهار الواقع للحاكم
على طبقه وان كان خفيا كالسرقة فالغالب هو غير مقصر وفيه منع الغلبة عدم التقصير في المطلوب
ومع تحقق التقصير في عدم الاشهاد وهنه دائما اذ ربما اشهد وغاب او مات الشهود فلا يمكن
احضارها فهذا الفارق ضعيف لنقضه ويمكن ان يقال ان الفارق ان في دعوى التلف لا يرتفع
الضمان لانتقاله الى البدل ودعوى الرد موجب لرفع الضمان فلذا اجمع في الاول تقديم قول الغاصب
وفي الثاني تقديم قول المالك وان كان الاول على خلاف القاعدة حيث توجه اليمين على المدعي وهو
الغاصب هذا هو الفارق القوي المعروف بينهما ويمكن تقريره بوجه يكون الحكمان في المقامين
على طبق القاعدة لا اشكال في ان حكم الثاني على طبق القاعدة وانما الاشكال في الاول ودفعه
ان توجه اليمين على مدعي التلف لاجل الحد وان الغاصب اما في الواقع صادق فيرد ما في العين
تكليف بما لا يطاق واما كاذب فالعين مرتفع عنا بالبدل المثل او القيمة واما قول المالك اما كان
صادقا فارتفع ضرره باخذ البدل وان كان كاذبا فيستلزم الجبر فالراجح جانب قول الغاصب
فالقول قوله مع يمينه انحصر من يدعي على خلاف الراجح من الاثبات اذا تنازع الغاصب والمالك
فيما على العبد او الامة المغصوبة من ثوب او ازار او خاتم ونحوها فالعبد اما في تحت يد الغاصب
واما ابق او مرسل فعلى الاول ان صدق الغاصب فلا اشكال في تقديم قول الغاصب مع يمينه
وان سكت عن التصديق فكذلك لاستيلاء يده على ما على العبد من غير انكار من العبد وان
صدق مالكه او قال اني صنعتها اكتسبت ما علي فقوله مسموع كقول صاحب اليد الحر المجبور
وبتصديقه يتعلق يد المالك عليه فالقول قوله مع يمينه وعلى الثاني فالقول قول المالك لا
اذا صدق العبد الغاصب لان ما على العبد تبع العبد والعبد وما في يده لمولاه فالقول قوله مع

الملكين فصل اعلم ان الاصل في تصرف مال الناس الحرمة لقوله تعالى ولا تأكلوا اموالكم بينكم
بالباطل وتدلوا بها الى الحكام لتأكلوا فريقا من اموال الناس بالاثم وانتم تعلمون ولقوله لا يحل
مال امرء الا بطيب نفسه وللاجماع بل الضرورة عند المليين من الامامية والشيعة وغيرهم ولبناء
العقلاء على ان اكل مال الغير من غير اذنه من الشارع والمالك ظلم والظلم قبيح عقلا وترتفع الحرمة
باذن الشارع مطلقا وباذن المالك ان لم ينه الشارع عنه سواء تعلق نهيه من جهة اخرى كما
لو كلف المالك اكل ماله في شهر رمضان او من جهة واحدة كما في المعاملة الربوية فان اذن المالك
معارض بالنهي الشارع فلا ترتفع حكم الحرمة ولو اذن الشارع ونهى المالك فعلا او شانا لم ترتفع
الحرمة اجماعا



